Die öffentliche Anstalt mit besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechts

Von

PETER HADORN

Fürsprecher

von

BERN

1929

Die öffentliche Anstalt mit besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechts

---

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

vorgelegt von

PETER HADORN
Fürsprecher
von
BERN

1929
Buchdruckerei Rösch, Vogt & Co., Bern

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALT

Seite

Einleitung 7

1. Abschnitt:

Die öffentliche Anstalt im allgemeinen 15

2. Abschnitt:

Die öffentliche Anstalt im bernischen Recht 31

A) Die Staatsanstalten 31

B) Die Kommunalanstalten 59

LITERATURVERZEICHNIS

Allemann: Deutsche Reichsbank und Schweizerische Nationalbank. Diss. jur., Zürich 1916/17.

Bischoff: Juristische Personen als Subjekte öffentlicher Rechte und Pflichten, 1918.

Blumenstein: Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldforderungen nach schweizerischem Recht, Festschrift der Berner Juristischen Fakultät für das schweizerische Bundesgericht 1924.
Die rechtliche Stellung der Gemeindewasserversorgung in M. f. b. V. R., XXIII S. 321 ff.
Das rechtliche Verhältnis zwischen Schwellenbezirk und Flurgenossenschaft hinsichtlich der Erfüllung ihrer Aufgaben in M. f. b. V. R., XXII, S. 51 ff.
Schweizerisches Steuerrecht.

Burckhardt: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage, 1914.
Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, Festschrift der Berner Juristischen Fakultät für das schweizerische Bundesgericht, 1924.

Buser: Die rechtliche Stellung der Postanstalt nach schweizerischem Recht. Diss. jur., Bern, 1912/13.

Dernburg: System des römischen Rechts, 1911.

Egger: Kommentar zum Personenrecht.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 6. und 7. Auflage.
Schweizerisches Bundesstaatsrecht.

Geering: Zum Rechtsbegriff „Anstalt" in Z. f. schw. R. n. F. 42.

Giacometti: Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, 1924.

Gierke: Deutsches Privatrecht.

Haff: Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechtes. Zürich, 1918.

Hafter: Kommentar zum Personenrecht.

Hubrich: Über die Entstehung öffentlichrechtlicher Korporationen in Preußen, Archiv f. bürg. Recht, Bd. 33.

Jellinek: Allgemeine Staatslehre, 1920.
System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919.

Laband: Zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 30, S. 1 ff.

Lampert: Die kirchlichen Stiftungen, Anstalten und Körperschaften, Zürich 1912.

Marx: Die schweizerischen Bundesbahnen in Zeitschrift für schweiz. Statistik 1913.

O. Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht.
Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht. Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband, Bd. I., 1908.

Michoud: La théorie de la personnalité morale, 1906.

Rosin: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1816.

Rossel: Manuel du droit fédéral des obligations, 1920.

Schuler: Die öffentlichrechtliche Körperschaft, 1917.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. I.
Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts.

Waldecker: Über den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechts nach preußischem Recht, 1913.

Wiedemann: Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen, 1908.

EINLEITUNG.

Die rasche Entwicklung, welche in neuerer Zeit staatliche und Gemeindebetriebe auf bisher dem privaten Unternehmensgeist überlassenen Gebieten genommen haben, hat dazu geführt, die rechtliche Stellung dieser Betriebe einer näheren Prüfung zu unterziehen. Eine solche Prüfung hat sich umsomehr aufgedrängt, als diese Betriebe sich teilweise im Laufe der Zeit zu einer Machtstellung emporgearbeitet haben, welche bei ihrer Gründung nicht vorauszusehen war, weshalb es oft unterlassen wurde, in Voraussicht dieser Entwicklung diejenigen Vorschriften aufzustellen, welche auch den Anforderungen einer später veränderten Stellung Rechnung tragen würden. Die Betriebe, welche von Staat und Gemeinden im Interesse des öffentlichen Wohls in neuerer Zeit geschaffen wurden, stehen naturgemäß in viel näherer Beziehung mit der Privatwirtschaft als diejenigen Betriebe, welche von jeher als zu dem begriffsnotwendigen Wirkungskreise des Staates gehörig betrachtet wurden, und mit denen sich die Privatwirtschaft nicht, oder nur in geringem Maße befaßt hat. Aus dieser näheren Berührung mit dem der Privatwirtschaft überlassenen Tätigkeitsgebiet ergab sich für diese Unternehmungen des Staates und der Gemeinden die Notwendigkeit, ihre Betriebsformen denjenigen der Privatwirtschaft anzupassen, dies umsomehr, als teilweise die Übernahme solcher Betriebe vom Staate durch Verstaatlichung früherer Privatbetriebe in die Wege geleitet wurde. Man denke hierbei nur an die Übernahme von Transportunternehmungen und Kreditinstituten durch Staat und Gemeinden. Die Anpassung der staatlichen Unternehmungen an die gewohnte Form der Privatwirtschaft und die Beibehaltung derselben hat mit dazu beigetragen, die rechtliche Stellung dieser Betriebe zu einem der kontroversesten Gebiete der heutigen Rechtslehre zu gestalten.

Die moderne Verwaltungsrechtswissenschaft bezeichnet solche Unternehmungen des Staates und der Gemeinden, insofern sie eine verselbständigte Organisation aufweisen, als öffentliche Anstalten. Der Begriff der öffentlichen Anstalt wird in vielfacher Weise in Zu-

sammenhang gebracht mit dem Begriff der öffentlichrechtlichen juristischen Person. Es erscheint deshalb als angezeigt, diesen in erster Linie abzugrenzen, bevor mit der Begriffsbestimmung der öffentlichen Anstalt begonnen wird.

Der schweizerische Zivilgesetzgeber hat für die öffentlichrechtlichen juristischen Personen das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten. Der Begriff der öffentlichrechtlichen juristischen Person muß deshalb dem öffentlichen Rechte entnommen werden. Da allgemeine Bestimmungen über dieses Rechtsinstitut im öffentlichen Rechte fehlen, ist der Richter auf die Ergebnisse der Wissenschaft angewiesen, wo beim Stillschweigen der in Frage kommenden speziellen Gesetze zu entscheiden ist, ob eine juristische Person des öffentlichen Rechtes vorliege. Die Abgrenzung der juristischen Person des öffentlichen Rechts muß notwendigerweise nach zwei Richtungen erfolgen:

a) gegenüber den juristischen Personen des Privatrechtes,
b) gegenüber den Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes, welchen die juristische Persönlichkeit nicht zukommt.

a) Aus der Gegenüberstellung der juristischen Person des öffentlichen Rechtes zu derjenigen des Privatrechtes läßt sich allgemein für jene folgern, daß sie in einem gewissen nähern Zusammenhang mit dem Gemeinwesen stehen muß, als die juristische Person des Privatrechtes (vgl. Gierke Holtzendorffs Rechtslexikon II S 504), denn das öffentliche Recht wird in allen Zweigen vom Gemeinwesen und von seinen Interessen beherrscht. Dieser nähere Zusammenhang kann sich beispielsweise darin äußern, daß das Gemeinwesen in seiner Gesetzgebung eine bestimmte juristische Person einer andern gleichstellt, welcher zweifellos der öffentlichrechtliche Charakter zukommt. So hat das Bundesgericht den Umstand als bedeutend für die Beurteilung der Rechtsnatur der Zuger Korporationsgemeinden erachtet, daß die Zuger Kantonsverfassung unter dem Titel „Die Gemeinden" auch jene behandelt (vgl. BgE 21 S 387; ähnlich sagt von Tuhr, Allgemeiner Teil I S 610: „Die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes sind vom Staate geschaffen oder staatlichen Zwecken dienstbar."). Dieses allgemeine Merkmal liefert aber für die Abgrenzung der öffentlichrechtlichen juristischen Personen in abschließender Weise nicht genügend Anhaltspunkte. Die Wissenschaft hat deshalb nach weitern besondern Unterscheidungsmerkmalen gesucht. Die Meinungen, welche vertreten worden sind, lassen sich in folgende Gruppen zusammenfassen:

1. Ihering (Der Zweck im Recht I S 299 ff) betrachtet als öffentliche Korporation diejenige, welcher jedermann beitreten könne. Das Beitrittsrecht ist zwar für viele öffentliche Korporationen charakteristisch, es kommt aber auch bei privaten Korporationen vor und ist deshalb für die Abgrenzung nicht brauchbar. Mit dieser Theorie verwandt sind die Ansichten, welche das Kriterium im Beitrittszwang erblicken wollen. Diese Theorie wird vertreten von E. Mayer (Münchener kritische Vierteljahrsschrift n. F. VII S 591 ff), welcher sich allerdings später zu der sogenannten Zwecksanerkennungstheorie bekannt hat; ferner von Eltzbacher (Handlungsfähigkeit I S 91 ff). Das Bundesgericht hat dieses Merkmal in seinem Urteil vom 10. Januar 1879 in Sachen Unterfinger gegen Kanton Luzern als für die öffentlichrechtliche Natur der Brandassekuranzanstalt Luzern maßgebend erachtet (vgl. BgE 5 S 132). Der Beitrittszwang findet sich aber nicht bei allen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sondern in der Hauptsache nur bei den sogenannten öffentlichen Genossenschaften. Dieses Merkmal kann daher nicht ausschlaggebend sein.

2. Eine weitere Gruppe von Schriftstellern erblickt das Kriterium für die Unterscheidung in der Privilegierung der öffentlichrechtlichen juristischen Person. Jellinek (Allgemeine Staatslehre S 392, System der subjektiven öffentlichen Rechte S 266), und ihm folgend Michoud (Théorie de la Personnalité morale I S 201), und Walter Jellinek (Verwaltungsrecht 1928 S 166), betrachten als öffentlichrechtliche juristische Personen diejenigen, welchen vom Gemeinwesen Befugnisse obrigkeitlicher Gewalt übertragen worden sind. Ihnen verwandt sind die Theorien, welche als charakterisierend die Privilegierung der juristischen Person des öffentlichen Rechts bei der Vollziehung der Ansprüche gegen ihre Mitglieder ansehen. (Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik II S 207, Eccius-Förster, preußisches Privatrecht IV S 276.) Was das letztere Argument anbetrifft, so trifft dasselbe nicht für alle juristischen Personen des öffentlichen Rechtes zu, speziell nicht für die, welche keine Mitglieder haben. Auch die Theorie Jellineks ist nicht auf alle öffentlichrechtlichen juristischen Personen anwendbar, zudem gilt für beide Theorien, daß sie als konstitutives Element der öffentlichrechtlichen juristischen Person etwas bezeichnen, was nur die Folge ihrer öffentlichrechtlichen Stellung ist. Nicht weil eine juristische Person privilegiert ist, ist sie eine solche des öffentlichen Rechts, sondern weil sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, wird sie unter Umständen privilegiert (vgl. Lampert, die kirchlichen Stiftungen, Anstalten und Körperschaften S 17; ferner Michoud aaO S 270).

3. Einer andern Theorie zufolge sollen die besonderen Zwecke über den öffentlichen Charakter einer juristischen Person entscheiden. Der Zweck ist der spiritus rector der juristischen Person; ist der Zweck ein öffentlicher, so wird auch die juristische Person eine solche des öffentlichen Rechts und dieses ist berufen, ihr die Ordnung ihres Daseins zu geben. Übereinstimmend mit dieser Theorie führte das Bundesgericht (BgE 18 S 177) aus: „Über den öffentlichrechtlichen, oder privatrechtlichen Charakter einer Stiftung entscheidet nicht die Natur des Begründungsaktes, sondern ihr Zweck. Soweit eine Stiftung öffentliche Zwecke verfolgt, gehört sie dem öffentlichen Rechte an." Diese einfache Zwecktheorie ist aber für eine Abgrenzung auch nicht zu gebrauchen. Es genügt schon der Hinweis auf die idealen Vereine, die politische, religiöse und andere gemeinnützige, d. h. öffentliche Zwecke verfolgen und gleichwohl privater Natur sind. Es haben sich denn auch verschiedene Autoren damit befaßt, diese Zwecktheorie zu vertiefen und zu präzisieren; so schon Rosin in seiner Abhandlung über die öffentlichen Genossenschaften, wo er zum Schlusse gelangt, daß diejenige Genossenschaft öffentlichrechtlich ist, welche dem Staate zur Erfüllung ihrer Zwecke kraft öffentlichen Rechts verpflichtet ist. Ihm ist das Bundesgericht in einem späteren Entscheide gefolgt, und ein großer Teil der Wissenschaft hat sich ihm angeschlossen (BgE 23 S 1773, Hafter, Personenrecht zu Art. 59 N 3, Wiedemann, Beiträge zur Lehre von idealen Vereinen S 134, Geering, ZfschwRnF 42 S 130).

Aber auch diese Umschreibung ist nicht befriedigend; denn auch private juristische Personen können dem Staate zur Erfüllung ihrer Zwecke kraft öffentlichen Rechts verpflichtet sein. Diese Verpflichtung äußert sich dann in einem weitgehenden staatlichen Aufsichtsrechte, wie dies z. B. bei den privaten Versicherungsgesellschaften nach schweizerischem Rechte der Fall ist. Die Theorie Rosin's wird von Jellinek (System S 265) wie folgt kritisiert: „Indem der Staat einem Verbande die Erfüllung seiner Zwecke als notwendig vorschreibt, erkennt er diese Zwecke zwar indirekt als von ihm selbst zu besorgende, oder doch seiner Fürsorge unterliegende an. Damit ist jedoch die auf einen solchen Zweck gerichtete Verbandstätigkeit noch keineswegs öffentlichrechtlicher Natur geworden. Sie ist eine öffentliche, im Sinne des gemeinnützigen. — Das Merkmal der Verpflichtung eines Verbandes zur Erfüllung seiner Zwecke kann somit nicht dasjenige sein, welches ihn als öffentlichrechtlichen zu charakterisieren vermag." Diese Ausführungen treffen auch die von Schuler (Die öffentlichrechtliche Körperschaft S 47 ff) im Anschluß an E. Mayer

aufgestellte Zweckanerkennungstheorie (vgl. Hubrich über die Entstehung öffentlichrechtlicher Korporationen in Preußen, Archiv für bürgerliches Recht 33 S 22 ff; ferner Gierke, Genossenschaftstheorie S 657 N 1, Deutsches Privatrecht I S 621).

Auf dem Boden einer erweiterten Zwecktheorie steht auch Otto Mayer. Er führt aus, daß maßgebend sei, von welcher Art von Recht die juristischen Personen die Ordnung ihres Daseins erhalten, was wiederum abhängig sei von der Art von menschlichen Zwecken, denen sie zu dienen habe. Handle es sich um Zwecke, die über die vom Einzelmenschen hinausgehen, d. h. um Zwecke öffentlicher Verwaltung, dann sei die dafür einzurichtende juristische Person eine solche des öffentlichen Rechts und dazu berufen, ihren rechtlichen Aufbau durch dieses zu erhalten. (Deutsches Verwaltungsrecht II S 579, Festgabe für Laband I S 40 ff.) Damit kommt Mayer zu einem ähnlichen Resultat wie Gierke (Deutsches Privatrecht I S 619 ff), welcher als öffentliche Körperschaft diejenige bezeichnet, welche als ein Glied im staatlichen Organismus angesehen, oder deren Sozialrecht zu einem Bestandteil der öffentlichen Rechtsordnung erhoben wird. (Vgl. auch Lampert aaO S 18 ff.)

Die Theorie Otto Mayer's in Verbindung mit derjenigen Gierke's gibt den sichersten Anhaltspunkt für die Abgrenzung der öffentlichrechtlichen juristischen Person von der juristischen Person des Privatrechts. Maßgebend ist grundsätzlich, ob eine juristische Person Träger von Zweckbestimmungen ist, deren Erfüllung vom Gemeinwesen in die Aufgabe der allgemeinen Wohlfahrtspflege und Verwaltung einbezogen sind. Ist dies der Fall, so ist das öffentliche Recht berufen, ihr die Ordnung ihres Daseins zu geben. Die Art der Zweckerfüllung ist dann nicht mehr der Privatinitiative anheim gegeben, sondern vom Staate beabsichtigt oder genehmigt, je nach der von ihm aufgestellten Regelung. Das heißt, daß die Verfassung von den Beteiligten nicht wie bei der privatrechtlichen juristischen Person frei nach Zweckmäßigkeitsrücksichten gewählt werden darf, sondern daß sie nach den zwingenden Vorschriften des öffentlichen Rechts aufzustellen ist. Die nahe Beziehung der öffentlichrechtlichen juristischen Person zum Gemeinwesen bringt es mit sich, daß dieses ihre Verfassung meist selbst individuell ordnet, oder sie generell umschreibt und sich ein Genehmigungsrecht vorbehält (vgl. z. B. bern. EGZGB Art. 20). Eine solche juristische Person erscheint als ein Träger eines Teiles der öffentlichen Verwaltung, welcher dazu da ist, ein bestimmtes, sachlich oder örtlich umschriebenes Stück öffentlicher Verwaltung zu verwirklichen. Das hat zur Folge, daß die juristische Person des

öffentlichen Rechts unter Umständen vom Gemeinwesen mit einer bevorzugten Stellung und obrigkeitlicher Gewalt ausgerüstet wird, da sie öffentlichrechtliche Funktionen des Gemeinwesens ausübt. Wo die juristische Person des öffentlichen Rechts auf den Beitritt von Mitgliedern angewiesen ist, wird das Gemeinwesen möglicherweise einen Beitrittszwang statuieren (vgl. Mayer aaO S 596, Endemann, Bürgerliches Recht I S 216 ff).

Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts weisen demnach in der Regel mehrere von den in der Wissenschaft hervorgehobenen Merkmalen auf, weshalb in der Praxis das Vorhandensein mehrerer dieser Merkmale den Schluß auf die rechtliche Natur einer in Frage stehenden juristischen Person erleichtert. (Vgl. Michoud am aaO S 218: „On ne pourra donc classer sûrement une personne morale dans le droit public que lorsqu'elle réunira plusieurs des caractères passés en revue." Ferner Blumenstein MfbVR XXII S 51 f.)

b) Wenn für die Unterscheidung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts von denjenigen des Privatrechts hervorgehoben worden ist, daß jene Träger eines Teiles der öffentlichen Verwaltung seien, bestimmt, ein sachlich oder örtlich beschränktes Stück öffentlicher Verwaltung zu verwirklichen, so ist mit dieser Umschreibung noch kein Merkmal gewonnen für die Abgrenzung der juristischen Person des öffentlichen Rechts von den öffentlichen Körperschaften und Anstalten, denen eine juristische Persönlichkeit nicht zukommt. Daß es auch solche gibt, ist nicht streitig, sie befinden sich sogar in der Mehrzahl. (Vgl. Walter Jellinek aaO S 493 f.)

Wenn wir den Begriff der juristischen Person im öffentlichen Rechte verwenden, so lehnen wir uns bewußt oder unbewußt an einen bekannten Begriff des Privatrechts an; denn dieses hat ihn geschaffen und umschrieben. Es ist deshalb naheliegend, das Wesen der juristischen Persönlichkeit des Privatrechts näher zu erfassen, um alsdann zu prüfen, ob die gleichen Merkmale auch im öffentlichen Rechte für die Abgrenzung der juristischen Persönlichkeit maßgebend sind. Die juristische Person des Privatrechts stellt eine rechtliche Verselbständigung eines bestimmten Inbegriffs sachlicher und persönlicher Mittel, d. h. eines Unternehmens dar. Eine solche Verselbständigung weist bis zu einem gewissen Grade schon die kaufmännische Firma auf. Allerdings ist diese Verselbständigung rein formell, der Kaufmann bleibt rechtlich Subjekt seines Unternehmens und Vermögens. Ein weiterer Grad der Verselbständigung findet sich beim gemeinsamen Unternehmen mehrerer Kaufleute, welches im Verkehr unter einem einheitlichen Namen auftritt, der gleichmäßig sämtliche Beteiligte

umfaßt, für welche so gehandelt wird. Das bietet nach außen schon das Bild einer besondern Persönlichkeit, und das Gesetz bestimmt denn auch, daß eine solche Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere Rechte auch an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann. (OR Art. 559). Die einzelnen am Unternehmen Beteiligten bleiben aber auch hier Subjekt ihres Vermögens, die Kollektivgesellschaft ist noch keine juristische Person. (BgE 24 II 734, 32 II 467.) Damit eine vollständige Verselbständigung, d. h. eine wirklich juristische Person entsteht, muß das Verhältnis nach innen rechtlich von den Mitgliedern gelöst werden, und das so losgelöste Vermögen einen neuen Beziehungspunkt erhalten in dem zu schaffenden Rechtssubjekt, der juristischen Person. Der Zweck der juristischen Person wird in der Außenwelt dargestellt durch das Unternehmen, das dergestalt auf sie übertragen ist. Um dieses zu betreiben, bedarf sie eines Willens, der für sie handelt. Deshalb muß durch ihre Verfassung neben der Zweckbestimmung, die sich im Unternehmen verkörpert, auch die Vertretung geschaffen werden, die rechtlich den Willen der juristischen Person zu verwirklichen hat (vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II S 573 ff; Festgabe Laband I S 1 ff. Eine Übersicht über die verschiedenen Theorien der juristischen Persönlichkeit findet sich bei Haff, Institution der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechtes S 1 ff).

Die Art der Verfassung oder mit Gierke des Sozialrechtes unterscheidet die öffentlichrechtliche juristische Person von derjenigen des Privatrechts. Die rechtliche Loslösung des Vermögens von dem Gemeinwesen, welches sie ins Leben gerufen hat, unterscheidet sie von den übrigen öffentlichen Körperschaften und Anstalten, bei denen eine solche Loslösung nicht stattgefunden hat. Die juristische Person des öffentlichen Rechts ist dazu bestimmt, ein öffentliches Unternehmen zu führen. Das Recht der Gründerschaft an diesem Unternehmen steht der öffentlichen Verwaltung zu, welche das Unternehmen geschaffen hat. Diese bestimmt, ob die von ihr geschaffene Trägerin öffentlicher Verwaltung in rechtlicher Beziehung von ihr losgelöst werden soll. Diese rechtliche Loslösung äußert sich, wenn sie vorgesehen ist, in der eigenen Vermögensfähigkeit, d. h. Rechtsfähigkeit der öffentlichrechtlichen juristischen Person. Die Abgrenzung der juristischen Person des öffentlichen Rechtes von denjenigen öffentlicher Körperschaften und Anstalten, denen eine eigene juristische Persönlichkeit nicht zukommt, nehmen wir demnach nach den privatrechtlichen Merkmalen der Rechtsfähigkeit, bezw. Vermögensfähigkeit vor. Die Unterscheidung ist

infolgedessen wesentlich von privatrechtlicher Bedeutung; verwaltungsrechtlich erscheinen selbständige und unselbständige öffentliche Körperschaften und Anstalten in gleicher Weise als Träger öffentlicher Verwaltungen (vgl. Fleiner, Institution des deutschen Verwaltungsrechtes, S 300).

Zusammenfassend können wir als juristische Personen des öffentlichen Rechts diejenigen Körperschaften und Anstalten bezeichnen, welche dazu bestimmt sind, ein sachlich oder örtlich begrenztes Stück öffentlicher Verwaltung als eigene Rechtssubjekte zu verwirklichen.

Die öffentlichrechtlichen juristischen Personen werden in der Regel eingeteilt in öffentliche Körperschaften und öffentliche Anstalten, wobei unter öffentlichen Anstalten die einem bestimmten Zwecke gewidmeten öffentlichen Unternehmungen, und unter öffentlichen Körperschaften die öffentlichen Personenvereinigungen verstanden werden (vgl. Endemann aaO S 216 ff, Geering aaO S 137). Der Gegensatz ist aber kein völlig sicherer, oft wird es zweifelhaft sein, zu welcher Kategorie eine bestimmte juristische Person zu rechnen sei. Die Einteilung ist zudem vielfach von zufälligen Benennungen der positiven Gesetzgebung abhängig, weshalb ihr eine grundsätzliche Bedeutung nicht zukommen kann (vgl. Michoud aaO S 197 ff).

Das bernische Verwaltungsrecht kennt keine große Anzahl von öffentlichrechtlichen juristischen Personen. Zu den öffentlichen Körperschaften gehören die Gebietskörperschaften, die verschiedenen Arten der Gemeinden, ferner die öffentlichen Genossenschaften, die Schwellen-, Flur- und Wassergenossenschaften (Blumenstein aaO S 49 ff). Was für öffentliche Anstalten zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechtes zu rechnen sind, wird im folgenden zu erörtern sein.

Erster Abschnitt:

DIE ÖFFENTLICHE ANSTALT IM ALLGEMEINEN.

Nachdem wir einleitend ausgeführt haben, daß als öffentliche Anstalt einerseits eine Unterabteilung der öffentlichrechtlichen juristischen Person bezeichnet wird, daß aber andererseits unzweifelhaft auch der juristischen Persönlichkeit nicht teilhaftige Gebilde als öffentliche Anstalten benannt werden, soll im folgenden dargelegt werden, was hier als öffentliche Anstalt behandelt wird.

I.

Dem Ausdruck Anstalt kommt ein fester Begriff nicht zu. In der Literatur wird er für die verschiedensten Dinge gebraucht. Bald wird damit eine Stiftung bezeichnet, deren Zweck sich mit einer äußern Einrichtung verbindet, und deren Vermögen in dieser Einrichtung und nicht im Kapital besteht, bald wird der Ausdruck für das öffentliche Recht reserviert. Nach Jellinek (Allgemeine Staatslehre S 165 N 2) gehörte der Anstaltsbegriff vor Gierke's Untersuchungen zu den verworrensten der ganzen Jurisprudenz. Gierke (Deutsches Privatrecht I S 635) gibt folgende Umschreibung: „Unter Anstalt verstehen wir einen als Verbandsperson anerkannten gesellschaftlichen Organismus, den fort und fort ein ihm von außen eingepflanzter Stiftungswille durchherrscht. Doch werden im weitern Sinne auch dauernde Einrichtungen ohne eigene Persönlichkeit als Anstalten bezeichnet." Nach dieser Auffassung wäre als Anstalt im weitern Sinne eine dauernde Einrichtung mit einer gewissen Organisation zu verstehen, welche von einem Stiftungswillen beherrscht wird. Eine abschließende Umschreibung folgt daraus aber nicht.

Ebensowenig ergibt sich eine solche aus dem positiven Zivilrecht. Sowohl der deutsche, wie der schweizerische Zivilgesetzgeber erwähnen zwar den Ausdruck, überlassen aber die Umschreibung seiner Bedeutung dem öffentlichen Rechte. (Vgl. BGB § 89, ZGB Art. 52 und 59.) Allerdings verwendet das schweizerische Zivilgesetzbuch in Art. 52, al. 1, den Ausdruck Anstalt im Gegensatz zu den körperlich organisierten Personenverbindungen. Als selbständige privatrecht-

liche Anstalten im Sinne dieser Bestimmung, d. h. als Zweckvermögen des Privatrechtes mit juristischer Persönlichkeit kennt es aber nur die Stiftung. (Vgl. Geering aaO S 124).

Wenn aber der Anstaltsbegriff dem öffentlichen Rechte überlassen wird, so bedeutet das, daß eine allgemein gültige Umschreibung desselben nicht gefunden werden kann. Für jedes einzelne öffentliche Recht ist der Begriff, wenn ihm überhaupt rechtlich ein solcher entnommen werden kann, wieder ein anderer. Man muß sogar noch weiter gehen. Für jedes einzelne Gesetz, das von den Anstalten handelt, ist möglicherweise eine Differenzierung vorhanden. Es soll deshalb nicht versucht werden, einen einheitlichen Anstaltsbegriff für das öffentliche Recht aufzustellen, sondern es soll an Hand von Wissenschaft und Praxis dargelegt werden, welche Gebilde demjenigen Anstaltsbegriff entsprechen, welchen wir auf Grund der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft selbst aufstellen.

Der Ausdruck „Anstalt" wird im täglichen Leben für alles mögliche verwendet, eine feste Bedeutung kommt ihm auch in rein sprachlicher Beziehung nicht zu. Grosso modo kann man jedoch schon sagen, daß er den Eindruck einer gewissen festen, äußerlich wahrnehmbaren und dauernden Einrichtung weckt. (Vgl. Lampert aaO 12, Geering aaO S 126.) Die Anstalt ist ein auf die Dauer berechnetes Unternehmen, das die Verkörperung des ihm gesetzten Zweckes in der Außenwelt darstellt. Nicht jedes auf die Dauer berechnete Unternehmen wird aber als Anstalt bezeichnet; dieser Ausdruck wird vielmehr vorzugsweise für staatliche und kommunale Unternehmen gebraucht, oder für solche, die ihre Einrichtungen einer breiten Masse des Publikums zur Verfügung stellen. In diesem letztern Sinne spricht man von Kreditanstalten, Turnanstalten, Badanstalten und ähnlichen mehr. In dieser mehr grammatikalischen Bedeutung des Wortes Anstalt ist eine Verbindung mit einem bestimmten Rechtsbegriff noch keineswegs gegeben. Anstalt im Sinne eines auf die Dauer berechneten Unternehmens wird auch nicht gleichbedeutend mit einer juristischen Person gebraucht. Im Gegenteil wird im Sprachgebrauch oft sehr genau unterschieden zwischen der Anstalt und ihrem Begründer.

Unter einer öffentlichen Anstalt in diesem Sinne wird eine Anstalt verstanden, deren Einrichtungen von jedermann benutzt werden können im Gegensatz zu Privatanstalten, bei welchen eine gewisse Exklusivität herrscht. Wir begegnen hier derjenigen Bedeutung des „öffentlichen", welche von Ihering als Kriterium der öffentlichrechtlichen juristischen Person aufgestellt worden ist. Wie wir dieses Merkmal als Charakteristikum für die Abgrenzung der öffentlichrechtlichen juristi-

schen Person abgelehnt haben, so müssen wir es auch für die Aufstellung des Begriffes der öffentlichen Anstalt ablehnen.

Als Tatbestandsmomente für diese Begriffsbildung verwenden wir von der grammatikalischen Bedeutung des Wortes Anstalt das Moment des auf die Dauer berechneten Unternehmens, und sprechen von einer öffentlichen Anstalt da, wo die Zwecke, welche das Unternehmen in der Außenwelt verkörpert, Zwecke öffentlicher Verwaltung sind. Da die Zwecke allein die öffentlichrechtliche Natur der Anstalt, gleich wie bei der juristischen Person des öffentlichen Rechtes, nicht ausmachen, verlangen wir zudem, daß das Unternehmen auf Grund seiner Verfassung als ein Teil der öffentlichen Verwaltung erscheine. Wir definieren demgemäß die öffentliche Anstalt als den Inbegriff der einem bestimmten, sachlich abgegrenzten Zwecke öffentlicher Verwaltung gewidmeten Verwaltungsmittel (vgl. Fleiner aaO S 299, Schweizerisches Bundesstaatsrecht S 463). In dieser Definition wird zum Ausdruck gebracht, daß nicht jede Verwaltungsabteilung als öffentliche Anstalt betrachtet wird, sondern daß zu den übrigen Tatbestandsmomenten hinzukommend eine Beschränkung auf einen sachlich abgegrenzten Verwaltungszweck gefordert wird. Diese Beschränkung führt notwendigerweise dazu, daß die öffentliche Anstalt als ein von der übrigen Verwaltung getrenntes, bis zu einem gewissen Grade verselbständigtes Unternehmen geführt wird. So lange keine Verselbständigung gegenüber der allgemeinen Verwaltung gegeben ist, kann auch nicht von einer Abzweigung öffentlicher Verwaltung gesprochen werden, sondern es liegt eine Behörde, ein Amt, ein Verwaltungszweig, aber keine öffentliche Anstalt vor. Die Art der Verselbständigung ist eine Frage der Organisation, welche in der Verfassung der öffentlichen Anstalt zum Ausdruck kommt. Sie kann ganz gering sein. So hat die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes als öffentliche Anstalten bezeichnet den Markt einer Gemeinde (BgE 48 I 295 ff), ferner auch das Begräbniswesen des Staates und der Gemeinden; dieses „stellt sich als eine öffentliche Anstalt dar, der der Friedhof als eine zum Verwaltungsvermögen gehörende öffentliche Sache dient". (BgE 48 I 241 ff). Die Verselbständigung kann aber auch soweit gediehen sein, daß eine selbständige und von der übrigen Verwaltung getrennte Organisation mit einem eigenen, ausgesonderten Betriebskapital vorliegt. Durch das Maß der verselbständigten Organisation wird das Auftreten der öffentlichen Anstalt nach außen und die Abhängigkeit von der allgemeinen Verwaltung bestimmt; es läßt sich daraus aber nicht schließen, ob die öffentliche Anstalt als Unternehmen von ihrem Begründer rechtlich losgelöst und

mithin eine eigene juristische Persönlichkeit sei. Die öffentliche Anstalt ist nach unserer Definition begrifflich kein von ihrem Begründer verschiedenes Rechtssubjekt, sie tritt lediglich nach außen in gewissen Fällen wie ein solches auf. (Jellinek, System S 224 schlägt allerdings vor, daß der Ausdruck öffentliche Anstalt nur für solche öffentlichen Anstalten gebraucht werde, welche eine vom Staate verschiedene Rechtspersönlichkeit besitzen. Diese Terminologie wäre auch möglich, denn die Begriffsbestimmung, wie sie hier gegeben wird, hat keinen Rechtssatz zu Grunde, sondern ist frei gewählt. Da sie aber der herrschenden Auffassung entspricht, ist sie der von Jellinek vorgeschlagenen vorzuziehen vgl. Fleiner, Institution S 300).

Subjekt der Rechte und Pflichten der öffentlichen Anstalt ist das Gemeinwesen, welches dieselben begründet hat. Dieses kann nun aber unter Umständen ein Interesse daran haben, das Unternehmen rechtlich so von sich zu lösen, so daß nicht mehr es Subjekt der Rechte und Pflichten ist, sondern ein anderes Rechtssubjekt. Dies kann dadurch geschehen, daß ein anderes Gemeinwesen, oder ein beliehener Unternehmer das Unternehmen übernimmt, oder so, daß dafür eine neues Rechtssubjekt geschaffen wird. In diesem Falle entsteht eine öffentlichrechtliche juristische Person mit den beiden für sie geforderten Merkmalen der Abzweigung öffentlicher Verwaltung und der rechtlichen Loslösung vom ursprünglichen Unternehmen. Eine solche öffentliche Anstalt wird als selbständige bezeichnet, alle übrigen als unselbständige (vgl. Otto Mayer aaO II S 598 N 1, Fleiner aaO S 300, Geering aaO S 140 ff).

II.

Die Unterscheidung der öffentlichen Anstalten in selbständige und unselbständige ist, wie bereits ausgeführt, wesentlich von zivilrechtlicher Bedeutung.

a) Die Stellung der selbständigen öffentlichen Anstalt als eigenes Rechtssubjekt kommt am deutlichsten in ihrer Vermögensfähigkeit zum Ausdruck. So sagt Fleiner (Bundesstaatsrecht S 656 ff.) für die selbständigen öffentlichen Anstalten des Bundes: „Nicht zum Bundeseigentum gehört andererseits das Vermögen der staatlichen öffentlichrechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die der Bund für die Besorgung gewisser öffentlicher Aufgaben ins Leben gerufen hat, an deren finanzieller Ausstattung und Verwaltung er sich in weitgehendem Maße beteiligt, und die er der Aufsicht der

Bundesbehörde unterstellt hat. Sie treten nicht nur Dritten gegenüber, sondern auch dem Bunde als eigene Rechtssubjekte auf. Jede dieser Anstalten ist Eigentümerin eines besondern Vermögens. Als Gläubigerin haftet nur sie, und nicht der Bund." Dadurch, daß der Staat die öffentliche Anstalt zum selbständigen Rechtssubjekt gemacht hat, ist sie in rechtlicher Beziehung auf sich selbst angewiesen. Eine öffentliche Anstalt repräsentiert ein gewisses öffentliches Unternehmen. Zur Führung eines Unternehmens ist ein Betriebskapital notwendig. Dies kann für die selbständige öffentliche Anstalt auf verschiedene Weise beschaffen werden. Sie kann vom Staate mit dem Betriebskapital dotiert werden. In diesem Falle entsteht allerdings eine selbständige öffentliche Anstalt nur dann, wenn sich der Staat aller direkter Rechte an dem Dotationskapital entschlägt, und es schenkungsweise, oder als Darlehen der Anstalt frei überläßt. (Ein indirektes Recht hat der Staat am Vermögen jeder öffentlichrechtlichen juristischen Person; denn da sie Zwecken öffentlicher Verwaltung dient, fällt ihr Vermögen bei Aufhebung der juristischen Person infolge seiner Zweckbestimmung von selbst in das öffentliche Vermögen vgl. eine diesbezügliche Bestimmung im bernischen Gesetz über die Viehversicherung vom 14. Mai 1922, Art. 29). Auf diese Weise wurde das Kapital der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt in Luzern zusammengebracht, welche eine selbständige öffentliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ist (vgl. Bundesgesetz vom 13. Juni 1911, Art. 41). Der Bund vergütet ihr die Hälfte ihrer Verwaltungskosten, gibt ihr ein Betriebskapital von fünf Millionen Franken, stattet die Anstalt mit einem Kapital von fünf Millionen Franken zur Schaffung eines Reservefonds aus, und beteiligt sich auch noch weiter finanziell an ihr. Diese Beträge werden dem eidgenössischen Reservefonds entnommen, dadurch aus dem Bundesvermögen ausgeschieden, und gehen durch Auszahlung in das Vermögen der Anstalt über. Auch der Reingewinn der Anstalt fällt nicht in das Bundesvermögen, sondern verbleibt ihr. (Leg. Cit. Art. 48, al. 5 und 51). Im allgemeinen wird allerdings die Dotierung einer öffentlichen Anstalt durch den Staat, verbunden mit Rechten des Staates an diesem Kapital (wie Aufnahme desselben als Aktivum in die Staatsbilanz, und zwar nicht nur als Forderung, sondern als Bestandteil des Staatsvermögens, Vorbehalt des Reinertrages, usw.), den Schluß erlauben, daß der betreffenden öffentlichen Anstalt die Rechtssubjektivität fehle; denn in diesem Falle erscheint als Subjekt ihres Vermögens nicht die öffentliche Anstalt als eigenes Rechtssubjekt, sondern die als Gründerin auftretende juristische Person des

öffentlichen Rechts. Eine selbständige öffentliche Anstalt liegt aber nach unserer Definition nur da vor, wo jene in ihrem innern Verhältnis vom Muttergemeinwesen rechtlich gelöst ist.

Das Gemeinwesen, welches eine selbständige öffentliche Anstalt ins Leben ruft, ohne sie mit dem nötigen Betriebskapital auszustatten, muß dafür sorgen, daß sie sich dies auf andere Weise beschaffen kann. Zu diesem Zwecke kann die öffentliche Anstalt in Form einer Aktiengesellschaft gegründet werden, damit sie das Betriebskapital durch Aktienzeichnung auftreiben kann. Auf diese Weise wurde die Schweizerische Nationalbank gegründet. Da die Rechte der Aktionäre zu Gunsten des öffentlichen Einflusses zurückgedrängt wurden, ist die Organisation als Aktiengesellschaft nur von untergeordneter Bedeutung, maßgebend ist die öffentlichrechtliche Stellung der Unternehmung als rechtsfähige Trägerin öffentlicher Verwaltung. Wir betrachten deshalb die Schweizerische Nationalbank trotz der aktiengesellschaftlichen Organisation als öffentliche Anstalt (vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht S 705, Allemann, Deutsche Reichsbank und Schweizerische Nationalbank, Geering aaO S 138 ff., Bundesgesetz vom 7. April 1921 über die Schweizerische Nationalbank). Ein anderer Weg, um das Betriebskapital zu beschaffen, ist die Herbeiziehung der Nutzungsinteressenten der öffentlichen Anstalt unter Statuierung eines Monopols für die betreffende öffentliche Anstalt, oder eines eigentlichen Beitrittszwanges. In dieser Weise sind die meisten der auf Gegenseitigkeit begründeten kantonalen Brandassekuranzanstalten organisiert.

Da die selbständige öffentliche Anstalt ein eigenes Rechtssubjekt ist, haftet der Staat für ihre Verbindlichkeiten nicht (vgl. Geering aaO S 150). Dies braucht in den betreffenden Gesetzen nicht ausdrücklich gesagt zu sein. Es genügt, wenn sie bestimmen, daß die öffentliche Anstalt eine juristische Person sei, oder sich dies sonst aus der gesamten Ausgestaltung des Instituts ergibt. Wenn das Vermögen des Muttergemeinwesens für die Verbindlichkeiten der selbständigen öffentlichen Anstalt ausnahmsweise herbeigezogen werden soll, so muß dies ausdrücklich im Gesetze gesagt sein. Eine solche Haftung stellt rechtlich nicht eine zivilrechtliche Bürgschaft, sondern eine öffentlichrechtliche Haftung ex lege dar, da sie durch Gesetz begründet wird (vgl. Geering aaO S 151). Es ist aber zu beachten, daß aus einer die Haftung des Staats für eine öffentliche Anstalt statuierende Gesetzesvorschrift nicht ohne weiteres geschlossen werden darf, daß die betreffende öffentliche Anstalt eine eigene juristische Persönlichkeit sei. Es braucht in einer solchen Bestimmung nicht

notwendigerweise die Übernahme einer besondern Garantie, d. h. einer Schuldverpflichtung, die den Staat ohne diese Erklärung nicht treffen würde, erblickt zu werden, sondern sie kann nach den Umständen einfach die ausdrückliche Bestätigung und Feststellung einer Folgerung sein, welche sich schon aus der allgemeinen rechtlichen Stellung der betreffenden öffentlichen Anstalt ergeben würde (vgl. BgE 51 I 227).

b) Die unselbständige öffentliche Anstalt ist eine Abzweigung öffentlicher Verwaltung, welche einen sachlich beschränkten Teil öffentlicher Verwaltung zu führen bestimmt ist, ohne mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet zu sein. Wesentlich für die Unterscheidung von der selbständigen öfentlichen Anstalt ist einzig die Vermögensfähigkeit. Die Unterscheidung ist oft nicht leicht zu machen, da es unselbständige öffentliche Anstalten gibt, denen ein durch seine Zweckbestimmung gebundenes Sondervermögen zugewiesen ist, wie einer selbständigen öffentlichen Anstalt (vgl. Gierke aaO S 635, Fleiner, Bundesstaatsrecht S 656). Es darf deshalb das Urteil nicht auf eine einzelne Bestimmung gestützt werden, sondern es muß das ganze Institut als solches unter Berücksichtigung aller einschlägigen Bestimmungen der betreffenden Verwaltungsgesetze geprüft werden. Ergibt sich aus der ganzen Struktur der betreffenden öffentlichen Anstalt, daß sie nicht als eigenes Rechtssubjekt, sondern nur als Teil der öffentlichen Verwaltung das öffentliche Unternehmen zu führen bestimmt ist, so liegt eine unselbständige öffentliche Anstalt vor. Für die unselbständigen öffentlichen Anstalten, welche eine geringe Verselbständigung gegenüber der allgemeinen Verwaltung aufweisen, wie Strafanstalten, Erziehungsanstalten, Heilanstalten usw., ist die Einreihung in diese Kategorie ohne weiteres klar. Schwieriger ist diese bei denjenigen öffentlichen Anstalten, welche eine selbständige Organisation und oft eigene Rechnungsführung besitzen, und sich in ihrem Auftreten nach außen in nichts von den selbständigen öffentlichen Anstalten unterscheiden.

So sind trotz selbständiger Organisation und eigener Rechnungsführung eine unselbständige öffentliche Anstalt die Schweizerischen Bundesbahnen (vgl. Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht S 684 ff., P. Marx, Die Schweizerischen Bundesbahnen, ihre Rechtsstellung und Organisation, Zeitschrift für schweizerische Statistik 1913, S 5 ff., von Waldkirch, die öffentlichrechtliche Stellung der Schweizerischen Bundesbahnen S 25). Dies ergibt sich aus der vermögensrechtlichen Stellung derselben. Die Bundesbahnen haben kein eigenes Vermögen, sondern sie gehören dem allgemeinen Bundesvermögen

an. Der Beweis hiefür liegt in verschiedenen Gesetzesstellen; in Art. 1 des Bundesgesetzes vom 15. Oktober 1897 betreffend die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes und der Organisation der Verwaltung der Schweizerischen Bundesbahnen wird bestimmt, daß der Bund Eisenbahnen für sich erwerben und unter dem Namen Schweizerische Bundesbahnen auf seine Rechnung betreiben wird. Artikel 1 des Gesetzes betr. die Organisation und Verwaltung der Schweizerischen Bundesbahnen vom 1. Februar 1923 spricht in ähnlicher Weise von den vom Bunde erworbenen und von ihm gebauten Eisenbahnen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Bundesbahnen Vermögen des Bundes sind. Damit ist aber auch gesagt, daß es sich um eine unselbständige öffentliche Anstalt handelt. Sie sind denn auch von der Praxis immer als solche behandelt worden (vgl. BgE 29 I 194, 42 I 367, 51 I 212 ff.). Auch die Post ist eine unselbständige öffentliche Anstalt des Bundes. Für die Postverwaltung gelten die ähnlichen Grundsätze und Vorschriften, wie für die übrige Bundesverwaltung. Dies gilt namentlich auch für das Budget, für die Rechnungskontrolle und für die parlamentarische Kontrolle der Verwaltung. Der Bundesrat ist oberste Verwaltungsbehörde der Postverwaltung (vgl. Fleiner aaO S 502, Buser, Die rechtliche Stellung der Postanstalt S 13).

Da bei der unselbständigen öffentlichen Anstalt eine eigene juristische Persönlichkeit nicht gegeben ist, so ist das gründende Gemeinwesen Subjekt aller ihrer Rechte und Verbindlichkeiten. Es ist Gläubiger der Forderungen der unselbständigen öffentlichen Anstalt und Schuldner ihrer Verbindlichkeiten. Anleihen der unselbständigen öffentlichen Anstalten sind Staatsanleihen. Die Haftung des Staates für ihre Verbindlichkeiten ist eine Begriffsnotwendigkeit; sie ergibt sich ohne weiteres und zwingend aus der Natur der unselbständigen öffentlichen Anstalt als Unternehmen des Staates.

c) Die Unterscheidung der öffentlichen Anstalten in selbständige und unselbständige ist von Bedeutung für das Steuerrecht. Da die unselbständige öffentliche Anstalt kein verschiedenes Rechtssubjekt ist von dem sie begründenden Gemeinwesen, so teilt sie steuerrechtlich das Schicksal ihres Gründers. Nach den für diesen aufgestellten positiven Vorschriften bestimmt sich, inwieweit das zum Betriebe der unselbständigen öffentlichen Anstalt von der übrigen Verwaltung ausgesonderte Vermögen, oder deren Erwerb zur Besteuerung herangezogen werden kann. Allerdings kommt es oft vor, daß positive Steuergesetze unselbständige öffentliche Anstalten als steuerpflichtig erklären. Das geschieht auf Grund einer Fiktion, deren Aufstellung

ihren legislatorischen Grund in der Steuerpolitik findet (vgl. Blumenstein, Schweizerisches Steuerrecht I S 79). Ein Anhaltspunkt für die Beurteilung der rechtlichen Natur der öffentlichen Anstalt darf deshalb in der Steuergesetzgebung nur mit Vorsicht gesucht werden; denn der Steuergesetzgeber geht bei der Aufstellung seiner Bestimmungen mehr von Zweckmäßigkeitsrücksichten als von rechtlichen Erwägungen aus. Die selbständigen öffentlichen Anstalten dagegen unterstehen als juristische Personen dem Steuerrecht wie andere Rechtssubjekte; eine Befreiung von der Steuerpflicht kann für sie nur dann eintreten, wenn sie ausdrücklich vorgesehen ist.

III.

Bei der Begriffsbestimmung der öffentlichen Anstalt ist hervorgehoben worden, daß ihre Verfassung notwendigerweise dem öffentlichen Rechte des sie begründenden Gemeinwesens entnommen werden müsse. Daß die Beziehung der öffentlichen Anstalt zum Muttergemeinwesen, und die Ausgestaltung ihrer innern Verhältnisse vom öffentlichen Rechte beherrscht werden, ist deshalb nach dem hier aufgestellten Begriffe ein notwendiges Merkmal der öffentlichen Anstalt.

Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, daß auch die übrigen Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anstalt dem öffentlichen Rechte unterstehen. Wenn wir im allgemeinen von den Rechtsverhältnissen der öffentlichen Anstalt sprechen, so machen wir uns einer doppelten Ungenauigkeit schuldig. Streng genommen kann man von Rechtsverhältnissen der öffentlichen Anstalt nur bei der selbständigen öffentlichen Anstalt mit eigener juristischer Persönlichkeit sprechen, während die Rechtsverhältnisse der unselbständigen öffentlichen Anstalt Rechtsverhältnisse ihres Gründers sind. Da dieselbe aber vermöge ihrer Verfassung nach außen auftritt, wie die selbständige öffentliche Anstalt, so kann man wohl ganz allgemein die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anstalt zusammenfassend behandeln, um so mehr als nur die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anstalt gegenüber Dritten in Frage stehen. Allerdings sollen hier nicht sämtliche Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anstalt gegenüber Dritten Beachtung finden, sondern nur diejenigen, welche zwischen der öffentlichen Anstalt und ihren Benutzern auf Grund derjenigen Tätigkeit entstehen, welche unmittelbar der Zweckerfüllung der öffentlichen Anstalt dienen. Diese Tätigkeit umfaßt die sogenannten begriffswesentlichen Geschäfte der öffentlichen Anstalt (vgl. Rosin, Das

Recht der öffentlichen Genossenschaft S 94 ff.). Daneben schließt die öffentliche Anstalt alltäglich Rechtsgeschäfte, welche zwar auch ihrer Zweckerfüllung dienen, aber nur mittelbar. Beim Abschluß dieser Geschäfte begibt sich die öffentliche Anstalt ausdrücklich oder stillschweigend unter die Herrschaft des bürgerlichen Rechtes, sie tritt in solchen Fällen nicht als öffentliches Unternehmen auf, sondern wie ein anderes Privatsubjekt (vgl. Otto Mayer aaO S 473).

Was die begriffswesentlichen Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anstalt anbelangt, so ist für die Beurteilung derselben grundsätzlich dasjenige Recht maßgebend, welches durch die positive Gesetzgebung als auf diese anwendbar erklärt wird. Wo im geltenden Recht eine Unterstellung derselben unter das bürgerliche Recht angeordnet ist, spricht die Verwaltungsrechtswissenschaft von einer Einschränkung des öffentlichen Rechtes zu Gunsten des bürgerlichen Rechtes, da sie vom Grundsatz ausgeht, daß alle Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anstalt dem öffentlichen Rechte unterstehen sollten (vgl. Fleiner, Institutionen S 303). Wenn wir nach den Gründen forschen, welche den Gesetzgeber zur Aufstellung solcher Einschränkungen veranlaßt haben, so können wir feststellen, daß dafür vielfach historische Rücksichten maßgebend waren, so besonders dann, wenn die öffentliche Anstalt auf die Weise ins Leben gerufen wurde, daß ein schon bestehendes Privatunternehmen vom Gemeinwesen übernommen und als öffentliche Anstalt weiter betrieben wurde. Dies war der Fall bei den Schweizerischen Bundesbahnen, wo der Bund nach dem Rückkauf einfach in die Stellung der Privatbahnen eingerückt ist, und die geltende Gesetzgebung als fortwirkend betrachtet wurde (vgl. Otto Mayer aaO I S 118, II S 474 ff., Fleiner, Bundesstaatsrecht S 492, Marx aaO S 1 ff.). An andern Stellen erfolgte die Unterwerfung der Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anstalt unter das bürgerliche Recht aus Gründen der Zweckmäßigkeit, insbesondere dann, wenn der Zweck der öffentlichen Anstalt gerade im Abschluß privater Rechtsgeschäfte liegt, wie z. B. bei den öffentlichen Kreditinstituten. Hier wäre es eine Behinderung der öffentlichen Anstalt, wenn sie ihre Geschäfte nicht in gleicher Weise abwickeln könnte wie die privaten Kreditinstitute.

Wo eine ausdrückliche Bestimmung des positiven Rechtes fehlt, ist die Praxis auf die Ergebnisse der Wissenschaft angewiesen, um zu entscheiden, ob ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen öffentlicher Anstalt und deren Benutzern dem öffentlichen oder privaten Rechte zu unterstellen sei. Nach derjenigen Lehre, welche heute als die herrschende angesprochen werden darf, sind die Rechtsverhältnisse

der öffentlichen Anstalt immer nach dem öffentlichen Rechte zu beurteilen, wenn sie nicht ausdrücklich dem bürgerlichen Rechte unterstellt sind (vgl. Fleiner, Institution S 303 ff., Giacometti über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts S 38). Daneben wird aber auch noch der entgegengesetzte Standpunkt vertreten. So sagt von Tuhr (Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I S 239): „Die allezeit schwankende Grenze zwischen Privat- und öffentlichem Recht scheint sich immer mehr zu Gunsten des öffentlichen Rechtes zu verschieben. Trotzdem scheint es mir in den meisten Fällen richtiger, das Verhältnis dieser Anstalten zu ihren Benutzern dem Privatrechte zu unterstellen". Eine andere Ansicht will das Verhältnis zwischen Bürger und öffentlicher Anstalt nur dann als ein öffentlichrechtliches gelten lassen, wenn die Anstaltsnutzung auf Zwang beruht (vgl. Giacometti aaO S 38, O. Mayer aaO II S 475, ferner BgE 39 I 198, 41 I 250, 44 II 312). Des weitern ist als Kriterium für die Anwendung des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechtes angerufen worden, ob es sich im betreffenden Falle um vermögensrechtliche Leistungen handle (vgl. Otto Mayer aaO S 476). So hat die bundesgerichtliche Rechtssprechung von jeher die Ansprüche vermögensrechtlicher Natur von Privaten an staatliche Anstalten als zivilrechtliche Streitigkeiten behandelt (vgl. BgE 34 II 145). Die neuere bundesgerichtliche Praxis stellt in der Hauptsache auf das zwischen Anstalt und Benutzer bestehende Gewaltverhältnis ab. Als weiteres Kriterium für die öffentlichrechtliche Natur der Anstaltsnutzungen kommt die einseitige, unabänderliche Regelung der Anstaltsnutzung durch Gesetz, Rechts- und Verwaltungsverordnung in Betracht (vgl. Giacometti aaO S 44).

Ein allgemein gültiges Merkmal für die Abgrenzung dürfte hier eben so schwer zu finden sein, wie für die Unterscheidung der juristischen Person des öffentlichen und des privaten Rechtes. Das letzte Wort bleibt deshalb auch hier dem positiven Rechte und seiner engern Auslegung.

Je nachdem auf die begriffswesentlichen Rechtsverhältnisse einer öffentlichen Anstalt öffentliches oder privates Recht zur Anwendung kommt, werden dieselben als echte oder unechte öffentliche Anstalten bezeichnet.

IV.

Wir haben die öffentliche Anstalt als Abzweigung öffentlicher Verwaltung, d. h. als Inbegriff von einem bestimmten Zwecke öffent-

licher Verwaltung gewidmeten Verwaltungsmitteln bezeichnet. Nach dieser Definition ist der Zweck der öffentlichen Anstalt begrifflich ein sachlich beschränkter Teil öffentlicher Verwaltung. Durch die Zweckbestimmung unterscheidet sich die öffentliche Anstalt von privatwirtschaftlich geführten Unternehmen, welche in erster Linie den Gewinn des Unternehmers bezweckt. Da es möglicherweise einem Gemeinwesen auch frei stehen kann, ein Unternehmen nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen zu betreiben, so ist es notwendig, die Abgrenzung der öffentlichen Anstalt gegenüber dem Gewerbebetrieb des Gemeinwesens vorzunehmen. Maßgebend für die Unterscheidung ist grundsätzlich die Absicht des Gemeinwesens. Tritt dasselbe mit seinem Unternehmen in privatwirtschaftlicher Form auf, und ist dieses daraufhin gerichtet, der öffentlichen Kasse eine Einnahmequelle zu verschaffen, so liegt ein Gewerbebetrieb vor. Ist aber das Unternehmen geschaffen worden, weil sich das Gemeinwesen von der Erwägung hat leiten lassen, es sei Sache der öffentlichen Verwaltung, dafür zu sorgen, daß die durch das bestimmte Unternehmen erzeugten Leistungen allen gleichmäßig und zu gleichen Bedingungen zuteil würden, dann betreibt die öffentliche Verwaltung kein Gewerbe (vg. Otto Mayer aaO S 598 ff., Fleiner, Institution S 301).

Auf der Grundlage des schweizerischen Rechtes kommen in diesem Sinne als Gewerbebetrieb für Staat und Gemeinden nur die eigentlichen fiskalischen Unternehmungen in Betracht. Wenn bisher den Gebieten der Privatwirtschaft überlassene Gewerbebetriebe von Staat und Gemeinden auf gemeinwirtschaftlicher Grundlage weiter betrieben oder geschaffen werden, so kommt einem Betriebe, wenn nicht immer in rechtlicher, so doch in der Regel in faktischer Beziehung eine Monopolstellung zu, deren Begründung nur dann zulässig ist, wenn das öffentliche Interesse es erheischt. Ist dies aber der Fall, so liegt ein Zweck öffentlicher Verwaltung vor, und das betreffende Unternehmen charakterisiert sich als öffentliche Anstalt.

Die Frage, ob und inwieweit gewerbliche Unternehmungen als gemeinwirtschaftliche gegründet und betrieben werden dürfen, ist zwar im schweizerischen Rechte nicht abgeklärt (vg. BgE 47 I 251). Es entspricht aber dem durch Art. 31 BV garantierten volkswirtschaftlichen System, wonach im allgemeinen Handel und Gewerbe der freien Tätigkeit der Einzelnen überlassen sind, wenn die Ausdehnung der gemeinwirtschaftlichen Betriebe nur da als zulässig angesehen wird, wo sie durch Zwecke des öffentlichen Wohles gerechtfertigt werden, m. a. W., wo öffentliche Anstalten geschaffen werden. Dazu kommt nach den Grundsätzen der gesetzmäßigen Verwaltung,

daß für die Schaffung von öffentlichen Anstalten eine gesetzliche Ermächtigung genereller oder spezieller Natur gefordert werden muß.

Da Staat und Gemeinden nach der hier vertretenen Auffassung mit Ausnahme der eigentlichen fiskalischen Betriebe öffentliche Unternehmungen nur als öffentliche Anstalten führen können, so folgt daraus, daß die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit auf diese nicht anwendbar ist, d. h. daß sich die öffentlichen Anstalten nicht auf Art. 31 BV berufen können, um Rechte in Anspruch zu nehmen, die sich aus dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit für privatgewerbliche Unternehmungen ergeben. Die öffentliche Anstalt einer Gemeinde darf deshalb diesen Grundsatz nicht anrufen, um ihre Tätigkeit über ihre eigenen Grenzen, die in der Regel mit den Grenzen der Gemeinden zusammenfallen, auszudehnen (vgl. BgE 40 I 192 ff.). Die öffentliche Anstalt kann sich auch für die Begründung der Verweigerung ihrer Benützung nicht auf Art. 31 BV stützen, denn als öffentliche Anstalt ist diese grundsätzlich gehalten, allen Bürgern in gleicher Weise ihre Leistungen zur Verfügung zu stellen (vgl. BgE 42 I 183 ff.). Wenn die öffentliche Anstalt an die Abgabe ihrer Leistungen die ihr als notwendig erscheinenden Bedingungen knüpft — was nur unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze geschehen darf — so geschieht dies nicht in Ausübung der ihr wie andern zustehenden Handels- und Gewerbefreiheit (vgl. BgE 38 I 64), sondern diese Bedingungen stellen einfach die durch die öffentliche Anstalt auf dem vorgesehenen Wege aufgestellten Vorschriften für die Zulassung zur Anstaltsnutzung dar. Diese Vorschriften haben für sich stets notwendigerweise öffentlichrechtlichen Charakter (vgl. BgE 39 I 195), ebenso wie der ihr möglicherweise auferlegte Kontrahierungszwang (BgE 42 I 183); denn sie bilden einen Teil der Verfassung der öffentlichen Anstalt. Ob dann auf Grund dieser allgemeinen Bedingungen die Anstaltsnutzung im einzelnen Falle durch privatrechtliche Geschäfte oder durch Verwaltungsakt gewährt wird, ist eine Frage, welche nicht allgemein gültig, sondern nur von Fall zu Fall entschieden werden kann (vgl. BgE 47 I 249).

So wenig, wie die öffentliche Anstalt sich selbst auf den Grundsatz des Art. BV berufen kann, so wenig kann sich der Privatgewerbetreibende gegenüber der öffentlichen Anstalt auf diesen Grundsatz berufen. Wenn Staat und Gemeinden eine öffentliche Anstalt schaffen, so nehmen sie dadurch das durch sie betriebene Unternehmen aus der freien Konkurrenz heraus, womit die Anwendbarkeit des Grundsatzes nicht mehr gegeben ist (vgl. BgE 38 I 52). Wenn und soweit die Begründung einer öffentlichen Anstalt zulässig ist, so entfällt

auch die Anwendbarkeit dieser Bestimmung (vgl. BgE 41 I 376 ff., 43 II 541 ff.).

Die Abgrenzung der öffentlichen Anstalt gegenüber dem Gewerbebetrieb im Sinne des Art. 61 OR deckt sich mit der hier vertretenen nicht. Es hieße jener Vorschrift Zwang antun, wenn man nur diejenigen Unternehmungen darunter fassen wollte, welche nicht als öffentliche Anstalten im Sinne der vorstehenden Ausführungen zu betrachten sind. Vielmehr muß als Gewerbe im Sinne dieser Vorschrift jedes Unternehmen des Staates und der Gemeinden betrachtet werden, welches auch von einem privaten Gewerbetreibenden geführt werden könnte. So erscheinen als Gewerbe im Sinne dieser Vorschrift trotz ihrer verwaltungsrechtlichen Stellung als öffentliche Anstalten die Schweizerischen Bundesbahnen, die Post, der Telegraph, die staatlichen Kreditinstitute, die staatlichen Versicherungsanstalten, die staatlichen und kommunalen Wasser-, Gas- und Elektrizitätsversorgungen und andere mehr. Dagegen sind nicht Gewerbebetriebe im Sinne dieser Bestimmung diejenigen Unternehmungen des Gemeinwesens, welche notwendigerweise von ihm selbst zu betreiben sind, wie Strafanstalten und Militär, und solche Unternehmungen, welche nach der gegenwärtigen Auffassung nicht als eigentliche Gewerbebetriebe angesehen werden können, wie Armen-, Erziehungs- und Unterrichtsanstalten. Für letztere ist allerdings die Abgrenzung schwankend, ebenso wie für die öffentlichen Heilanstalten. Diese letzteren werden von der bundesgerichtlichen Praxis nicht zu den Gewerbebetrieben im Sinne des Artikels 61 OR gezählt (vgl. BgE 18, 391, 44, II 54, 48, II 417 ff.), meines Erachtens aber zu Unrecht; denn der Zweck der Bestimmung des Art. 61 OR liegt offenbar darin, den Geschädigten in denjenigen Fällen, wo der Staat mit seiner öffentlichen Anstalt auftritt, wie ein privater Gewerbetreibender dies tun würde, die Möglichkeit zu geben, ihre Schadenersatzansprüche nach den gemeinrechtlichen Vorschriften geltend machen zu können, ohne daß sie genötigt seien, in die Wirrnisse des eidgenössischen und kantonalen öffentlichen Rechtes einzudringen. Die Unterscheidung der öffentlichen Anstalt vom Gewerbebetrieb im Sinne des Art. 61 OR deckt sich deshalb nach der hier vertretenen Auffassung auch nicht mit der Unterscheidung der öffentlichen Anstalten in echte und unechte, wenngleich grundsätzlich für beide Unterscheidungen das gleiche Kriterium ausschlaggebend ist. Denn es scheint nicht ohne weiteres aus der öffentlichrechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses zwischen öffentlicher Anstalt und ihrem Benutzer folgen zu müssen, daß auch die daraus möglicherweise entstehenden Haftungsansprüche

dem öffentlichen Rechte unterstehen sollen. Diese Konsequenz hat vielmehr nach unserer Ansicht der Gesetzgeber durch die Aufstellung der in Art. 61 OR enthaltenen Einschränkung vermeiden wollen.

Damit die öffentliche Anstalt als solche von der übrigen Verwaltung getrennt geführt werde, und als Abzweigung öffentlicher Verwaltung handelnd auftreten kann, bedarf sie einer Verfassung zur Bestimmung ihres Zweckes und ihrer Organisation. Für die Ausgestaltung der Organisation ist der Zweck maßgebend. Die Bestimmung desselben bildet deshalb den Grundstock der Verfassung. Damit die öffentliche Anstalt ihren Zweck möglichst gut erreiche, bedarf sie aber auch einer entsprechenden Organisation. Wir verstehen demnach unter Verfassung der öffentlichen Anstalt den Inbegriff derjenigen Rechtssätze, welche Zweck und Organisation der öffentlichen Anstalt umschreiben.

Der Zweck der öffentlichen Anstalt muß begrifflich ein sachlich beschränkter Teil öffentlicher Verwaltung sein. Dieser kann in der unmittelbaren Förderung des Gemeinwohles liegen, wenn die öffentliche Anstalt allgemeinen Kulturaufgaben dient, oder Ruhe und Sicherheit gewährleistet, oder darin, daß die öffentliche Anstalt dem Publikum, jedem einzelnen für sich Vorteile gewährt und Dienste leistet. Öffentliche Anstalten der letztern Art sind Schulen, Staatsbanken, Krankenanstalten, Versicherungen, Eisenbahnen, usw. Der Zweck der öffentlichen Anstalt hat eine große Bedeutung für die Ausgestaltung ihrer Rechtsverhältnisse. Er bestimmt den Geschäftskreis. Darunter verstehen wir den Inbegriff derjenigen Geschäfte, welche von der öffentlichen Anstalt betrieben werden dürfen. Darnach unterscheiden wir erlaubte und verbotene Geschäfte der Anstalt. Innerhalb der erlaubten Geschäfte können wir wiederum zwei Gruppen unterscheiden, nämlich diejenigen Geschäfte, welche zur Zweckerfüllung der öffentlichen Anstalt direkt erforderlich sind, die wir als begriffswesentliche Geschäfte bezeichnet haben, und die sogenannten zulässigen Geschäfte, welche in keinem so engen Zusammenhang mit der Zweckerfüllung der öffentlichen Anstalt stehen. Der Zweck der öffentlichen Anstalt ist auch in der Regel, wo nicht historische Rücksichten den Ausschlag geben, maßgebend für das auf das Verhältnis zu den Benutzern anzuwendende Recht. Der Zweck der öffentlichen Anstalt beeinflußt aber auch ihre Organisation.

Wie wir oben dargelegt haben, ist eine gewisse Selbständigkeit der Organisation gegenüber der allgemeinen Verwaltung erforderlich für den Betrieb der öffentlichen Anstalt; denn allein vermöge ihrer Organisation kann sie nach außen handelnd auftreten. Die Hand-

lungsfähigkeit der öffentlichen Anstalt ist aber nicht eine unbeschränkte, sie genießt keine volle Selbstverwaltung. Diese hört vielmehr auf, wo die staatliche Einwirkung beginnt. Da die öffentliche Anstalt zur Führung eines öffentlichen Unternehmens bestimmt ist, so hat der Staat an der richtigen Führung einer jeden öffentlichen Anstalt ein großes Interesse. Dieses Interesse wird von ihm durch das staatliche Aufsichtsrecht geltend gemacht. Dieses besteht gegenüber jeder öffentlichen Anstalt, ohne daß es dem Staate durch ausdrücklichen Rechtssatz übertragen werden müßte, und bildet die Schranke der anstaltlichen Selbstverwaltung. Aus ihm lassen sich alle diejenigen rechtlichen Befugnisse des Staats ableiten, durch die er auf die anstaltliche Willensbetätigung in seinem Interesse einwirken kann. Nach der staatsrechtlichen Stellung der Behörde, welche das staatliche Aufsichtsrecht geltend macht, können wir die parlamentarische, die verwaltungstechnische und die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Anstalt unterscheiden.

a) Die parlamentarische Kontrolle der öffentlichen Anstalt wird ausgeübt durch die gesetzgebende Behörde. Als Mittel dieser Kontrolle haben wir vor allem die staatliche oder kommunale Gesetzgebung zu erwähnen, welche die öffentliche Anstalt schafft und ihre Rechtsverhältnisse in interner Weise regelt. Weiter kommt der gesetzgebenden Behörde unter Umständen auch die Genehmigung der Rechnung, entweder als Teil der Staatsrechnung, oder als Spezialbudget zu, ferner das Wahlrecht für die obersten Beamten der öffentlichen Anstalt, oder das Genehmigungsrecht für wichtige Geschäfte, wie Vermehrung des Dotations- oder Grundkapitals, Aufnahme von Anleihen und Errichtung von Filialen und Zweiganstalten.

b) Die verwaltungstechnische Kontrolle wird ausgeübt durch die staatlichen Verwaltungsbehörden in Form des Verordnungsrechtes, des Wahlrechtes, gegenüber den den allgemeinen Verwaltungsbehörden unterstellten Beamten und Angestellten der öffentlichen Anstalt.

c) Die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Anstalt erfolgt durch die Verwaltungsjustizbehörden anläßlich der Beurteilung von Beschwerden oder andern Verwaltungsstreitsachen, welche die öffentliche Anstalt betreffen, durch die Strafgerichte bei Fällen strafrechtlicher Verantwortlichkeit der Beamten der öffentlichen Anstalt, und unter Umständen durch die Zivilgerichte als Inzidental- oder Vorfrage-Entscheid, wenn die rechtlichen Verhältnisse der öffentlichen Anstalt dem bürgerlichen Rechte unterstellt sind.

Die Art der Ausgestaltung der Organisation der öffentlichen Anstalt ist von Fall zu Fall verschieden und eignet sich für eine allgemeine Betrachtung eben so wenig, wie die Stellung ihrer Organe.

Zweiter Abschnitt:

DIE ÖFFENTLICHE ANSTALT IM BERNISCHEN RECHT.

Nachdem im ersten Abschnitt einige allgemeine Grundsätze aus dem öffentlichen Anstaltsrecht hervorgehoben worden sind, soll in der Folge das bernische Verwaltungsrecht einer besondern Betrachtung unterzogen werden. Die Ausgestaltung der für die öffentlichen Anstalten maßgebenden Bestimmungen ist verschieden, je nachdem es sich um öffentliche Anstalten des Staates oder der Gemeinden handelt.

A. DIE STAATSANSTALTEN.

I.

Der Ausdruck öffentliche Anstalt wurde in der bernischen Gesetzgebung in dem nun aufgehobenen Gesetze über das Steuerwesen in den Gemeinden vom 2. September 1867 verwendet, dessen § 9 bestimmte:

„Gänzlich steuerfrei sind die Kapitalien und Renten und das Einkommen der Korporationen und öffentlichen Anstalten, deren Verwaltung zwar in der Gemeinde ihren Sitz hat, die aber keinerlei Nutzen aus den Gemeindeeinrichtungen ziehen können, wie namentlich Ersparniskassen, Witwenstiftungen und dergleichen, und der Korporationen und öffentlichen Anstalten, welche zwar an den Einrichtungen der Gemeinde teilnehmen, jedoch eine Zweckbestimmung haben, aus deren Erfüllung die Gemeinde selbst Vorteil zieht, wie namentlich Kirchengüter, Schul-, Armen-, Kranken- und ähnliche Wohltätigkeitsanstalten."

Der Begriff der öffentlichen Anstalt im Sinne dieser Bestimmung wurde vom Berichterstatter des Regierungsrates anläßlich der Beratung des Gesetzes im Großen Rate wie folgt umschrieben:

„Unter öffentlicher Anstalt sind alle Staatsanstalten und ferner diejenigen Anstalten verstanden, welche vom Staate sanktioniert sind, die ein Reglement aufgestellt haben, und die unter dem Gesetz über die gemeinnützigen Anstalten vom 31. März 1847 stehen."

Als dieses Gesetz mit dem Inkrafttreten des Obligationenrechtes im Jahre 1882 als aufgehoben erklärt wurde, wurden die auf seiner Basis gegründeten Institute in die Notwendigkeit versetzt, ihre juristische Konstruktion und Organisation den Vorschriften des Obligationenrechtes anzupassen. Für die Subsumierung unter § 9 des Gemeindesteuergesetzes erachtete die Praxis dann in der Folge als maßgebend, ob diese Gesellschaften auch seit der Umwandlung in einen Verband im Sinne des Obligationenrechtes wirklich noch das Merkmal der Gemeinnützigkeit an sich trügen (vgl. MfbVR II S 294 ff.) So wurden die bernischen Amtsersparniskassen auch nach ihrer Umwandlung in juristische Personen des Obligationenrechtes als öffentliche Anstalten im Sinne dieser Bestimmung betrachtet. Daraus folgt, daß der Begriff der öffentlichen Anstalt in diesem Gesetze bedeutend weiter gefaßt ist, er umfaßt insbesondere auch Unternehmungen, welche nur als öffentliche im gemeinnützigen Sinne angesehen werden können (vgl. MfbVR V S 162 ff.).

Enger wurde der Begriff der öffentlichen Anstalt von der Praxis ausgelegt auf Grund von Art. 6 Ziff. 5 des Gesetzes über die Erbschafts- und Schenkungssteuern vom 6. April 1919, welcher bestimmt, daß steuerfrei seien öffentliche und gemeinnützige, wohltätige oder religiöse Anstalten und Stiftungen im Kanton, insbesondere Spitäler, Sanatorien, Armen-, Kranken-, Waisen-, Lehr-, Schul-, Erziehungsanstalten, Kranken- und Pensionskassen, Theater, Bibliotheken und Museen. Die öffentlichen Anstalten werden hier unterschieden von den gemeinnützigen, wohltätigen, religiösen und den privaten Anstalten. Die Praxis hat angenommen, daß öffentliche Anstalten im Sinne dieser Bestimmung nur solche seien, deren Gründung durch öffentlichen Erlaß (Gesetz, Dekret oder Regierungsratsbeschluß) erfolgt (vgl. MfbVR XIX S 196 f.). Öffentliche Anstalten des bernischen Staates sind mithin nach dieser Unterscheidung die verselbständigten Abzweigungen der bernischen Staatsverwaltung, deren Begründung auf einem staatlichen Erlasse beruht. Diese Definition stimmt grundsätzlich mit der von uns aufgestellten überein und darf, wenn auch eine solche Absicht dem Gesetzgeber nicht vorgeschwebt haben wird, für das bernische Recht als allgemein gültig bezeichnet werden.

Die Begründung öffentlicher Anstalten steht dem Staate auf dem seiner Souveränität überlassenen Gebiete frei (Art. 3 BV). Voraussetzung ist allerdings, wie weiter oben hervorgehoben wurde, daß die öffentliche Anstalt nicht aus fiskalischen Zwecken, sondern durch Gründe des öffentlichen Wohles gerechtfertigt werde. Die Begründung einer öffentlichen Anstalt muß zudem durch Gesetz

beschlossen oder zum mindesten vorgesehen sein. Die bernische Verfassung sieht die Errichtung staatlicher Anstalten auf dem Gebiete des Unterrichtswesens und der Armenpflege vor (KV Art. 87 und 91.). Die Schaffung und nähere Ausgestaltung der einzelnen Anstalten erfolgte in der Hauptsache durch Spezialgesetze. Öffentliche Anstalten im Sinne der für das bernische Recht umschriebenen Begriffsbestimmung sind:

a) Die Straf-, Arbeits- und Zwangserziehungsanstalten. Die gesetzliche Ermächtigung zur Errichtung derselben liegt in den einschlägigen Bestimmungen der Straf- und Armenpolizeigesetze. Die Gründung der einzelnen Anstalten erfolgte durch Dekret des Großen Rates.

b) Die staatlichen Armen-Erziehungsanstalten. Deren Errichtung ist vorgesehen in § 76 al. 1 des Gesetzes vom 28. November 1897 über das Armen- und Niederlassungswesen.

c) Die staatlichen Krankenanstalten. Dazu gehören das kantonale Frauenspital in Bern und die kantonalen Irrenanstalten. Nicht öffentliche Anstalten des bernischen Staates sind die Bezirkskrankenanstalten, sie sind selbständige öffentliche Anstalten für das Gebiet eines oder mehrerer Amtsbezirke. Ihre rechtliche Natur als öffentliche Anstalten folgt daraus, daß sie als Träger des staatlichen Sanitätsdienstes funktionieren (vgl. BBl 1905 IV 804). Keine öffentliche Anstalt, sondern eine Stiftung des Privatrechtes ist die Inselkorporation, ihre Inanspruchnahme für die Zwecke der öffentlichen Gesundheitsverwaltung geschieht auf Grund privatrechtlicher Abmachungen zwischen ihr und dem Staate (vgl. Vertrag vom 19. November 1923. Keine öffentliche Anstalt ist ferner nach der Praxis des Verwaltungsgerichtes aus dem gleichen Grunde der Burgerspital der Burgergemeinde Bern. Vgl. Verwaltungsgericht vom 11. April 1921 i. S. Burgerspital Bern c/a Staat. Es ließe sich allerdings auch die entgegengesetzte Auffassung vertreten und rechtfertigen. Wenn der Burgerspital zwar ursprünglich als Stiftung begründet wurde und gemäß § 1 des Reglementes vom 20. Juni 1874 mit seinem Vermögen eine besondere Stiftung gemäß Dotationsakt und Ausscheidungsvertrag bildet, so steht er doch in der Verwaltung der Burgergemeinde und dient gemäß Stiftungszweck der öffentlichen Verwaltung im Rahmen der burgerlichen Armenpflege. Die interne privatrechtliche Ausgestaltung als Stiftung hindert nicht, daß ihm das den Gründer vertretende Gemeinwesen — die Burgergemeinde — durch Verwaltungsakt zum Träger öffentlicher Verwaltung machen könnte. Allerdings würde das eine Abänderung der jetzigen Fassung von § 6 des Organisationsreglementes der Burgergemeinde bedingen.)

d) Die staatlichen Lehranstalten.

e) Die staatlichen Kreditinstitute. Die Schaffung staatlicher Kreditinstitute ist von sämtlichen schweizerischen Kantonen als eine durch das öffentliche Interesse gebotene Maßnahme aufgefaßt und in die Wege geleitet worden. Die Gründung der bernischen Hypothekarkasse war in § 85 Ziff. 4 der Staatsverfassung vom 31. Juli 1846 vorgesehen und wurde durch Gesetz vom 12. November 1846 in die Wege geleitet. Daneben wurde speziell zum Zwecke der Förderung von Handel, Gewerbe, Industrie und Landwirtschaft die Kantonalbank gegründet. Beide Institute sind öffentliche Anstalten im Sinne unserer Begriffsbestimmung, da sie sowohl direkte Funktionen der staatlichen Finanzverwaltung besorgen, als auch die vom Staat als Zweck öffentlicher Verwaltung aufgefaßte Bestimmung haben, die Kreditgewährung auf solider Grundlage im Kantone zu erleichtern.

Eine öffentliche Anstalt ist ferner die durch das Gesetz vom 19. Oktober 1924 vorgesehene bernische Kreditkasse zur Beschaffung von Mitteln für die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit (vgl. Blumenstein MfbVR XXIII 374 ff.) Auf Grund von Art. 3 dieses Gesetzes ist der Regierungsrat ermächtigt, die Kreditkasse als gegründet zu erklären, sofern sich mehrere Gemeinden innert der ihnen hierzu angesetzten Frist für die Beteiligung ausgesprochen haben. Das Zustandekommen dieser öffentlichen Anstalt ist also ganz dem freien Willen der vom Gesetzgeber als Beteiligten in Aussicht genommenen öffentlichrechtlichen Institutionen anheimgestellt und erfolgt in der Form einer Vergesellschaftung. Es ist dies ein typisches Beispiel dafür, daß der Beitrittszwang kein ausschließliches Kriterium für die öffentlichrechtliche Natur eines Unternehmens sein kann. Die bernische Kreditkasse ist durch staatliches Gesetz geschaffen und dient einem vom Staate als zu dem Bereiche öffentlicher Fürsorge gehörend betrachteten Zweck. Fiskalische Gründe waren für ihre Entstehung nicht maßgebend. Im Gegenteil bestimmt der Gesetzgeber, daß sie keinen Reingewinn erzielen soll, sondern nur für ihre Verwaltungskosten aufkommen und diejenigen Reserven anlegen soll, welche zur Deckung allfällig zu gewärtigender Verluste notwendig sein werden. (Art. 11 leg. cit.) Es sind somit diejenigen Merkmale vorhanden, welche wir für den Tatbestand der öffentlichen Anstalt gefordert haben. Fraglich könnte nach dem Wortlaute des Gesetzes zwar sein, ob die Kreditkasse nicht eher zu den öffentlichen Korporationen zu zählen wäre. Artikel 1 des erwähnten Gesetzes bestimmt nämlich:

„Zum Zwecke der Beschaffung von Mitteln für die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit wird mit Sitz in Bern unter der Bezeichnung

„Bernische Kreditkasse" eine öffentlichrechtliche Korporation im Sinne von Art. 59 ZGB errichtet."

Das korporative Moment tritt bei der Kreditkasse sowohl bei der Form der Gründung, als auch in der Ausgestaltung der Organisation in den Vordergrund. In der Direktion ist den beteiligten Gemeinden eine gewisse Vertretung zugesichert. Das im allgemeinen für die Rechtsnatur der Anstalt in Anspruch genommene Charakteristikum der Widmung eines Vermögens zu einem bestimmten Zweck liegt hier nicht vor. Die Kreditkasse muß sich die zur Erfüllung ihrer Zwecke notwendigen Mittel durch Aufnahme von ähnlichen Krediten selbst verschaffen. (Art. 12 leg. cit.) Nach der hier aufgestellten Definition ist aber die Widmung eines Vermögens nicht Voraussetzung für die Annahme einer öffentlichen Anstalt. Auch in den Formen einer öffentlichen Korporation kann deshalb der Tatbestand der öffentlichen Anstalt erfüllt sein, wenn sämtliche Merkmale gegeben sind. Diese Auffassung muß konsequenterweise dazu führen, alle auf die Dauer berechneten öffentlichen Unternehmungen, die durch öffentlichen Erlaß berufen sind, einen sachlich beschränkten Teil öffentlicher Verwaltung zu besorgen, als öffentliche Anstalten zu bezeichnen, gleichviel, ob dies der üblichen Terminologie entspricht oder nicht. Nach dieser Umschreibung fallen negativ außer Betracht die Gebietskörperschaften, welche einen örtlich nicht sachlich beschränkten Teil öffentlicher Verwaltung führen und ferner diejenigen öffentlichen Zweckverbände, deren Dasein nicht auf die Dauer berechnet ist, sondern mit der einmaligen Erfüllung ihres Zweckes ihre Aufgabe gelöst haben, wie die Flur- und andere öffentliche Genossenschaften im engern Sinne.

f) Die kantonale Brandversicherungsanstalt. Diese wird vom Gesetzgeber in Art. 1 des Gesetzes vom 1. März 1914 ausdrücklich als „eine auf Gegenseitigkeit beruhende, mit den Rechten einer juristischen Person ausgestaltete Anstalt" bezeichnet. Wenn auch der Zweck der Brandversicherungsanstalt für den Nutzungsinteressenten ein rein wirtschaftlicher ist, so stellt er sich doch vom Standpunkte des Gemeinwesens aus betrachtet als ein vom Staate wahrzunehmender Zweck öffentlicher Fürsorge dar. Dem Umstand, daß der Nutzungsinteressent in wirtschaftlicher Beziehung von der Anstalt große Vorteile erfährt, wird dadurch Rechnung getragen, daß die Versicherung auf Grundlage der Gegenseitigkeit organisiert wird, während andererseits das staatliche Interesse im Obligatorium zum Ausdruck gelangt. Die bundesgerichtliche Rechtssprechung hat ursprünglich die Brandversicherungsanstalten als juristische Personen des Privatrechtes

angesehen (BgE Band V S 131 ff.), später gestützt auf die Theorie Rosin's als juristische Personen des öffentlichen Rechtes (BgE Band 23 S 1773), heute ist der öffentliche Charakter dieser Anstalten nicht mehr streitig (vgl. auch VVG Art. 103, ferner BgE 44 II 312 ff.).

II.

a) Selbständige öffentliche Anstalten des bernischen Staates sind diejenigen öffentlichen Anstalten, welche von ihm gegründet und mit der juristischen Persönlichkeit ausgestattet worden sind. Mit eigener Rechtspersönlichkeit hat der bernische Staat nur die Brandversicherungsanstalt und die Kreditkasse ausgerüstet. Für die bernische Brandversicherungsanstalt bestimmt Art. 1 des Gesetzes vom 1. März 1914:

> „Die Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr steht der auf Gegenseitigkeit beruhenden, mit den Rechten einer juristischen Person ausgestatteten Anstalt zu, die sich unter dem Namen Brandversicherungsanstalt des Kantons Bern unter staatlicher Aufsicht selbst verwaltet. Für ihre Verbindlichkeiten haftet ausschließlich ihr eigenes Vermögen. Der Sitz ist in Bern."

Durch diese Gesetzesbestimmung ist die rechtliche Natur der bernischen Brandversicherungsanstalt ausdrücklich festgesetzt, es ist jedoch nicht überflüssig zu untersuchen, ob das Institut in seiner tatsächlichen Ausgestaltung dieser Begriffsbestimmung entspricht. Die bundesgerichtliche Rechtssprechung hat für die Beurteilung der Frage, ob eine kantonale Brandversicherungsanstalt ein vom Staate als Fiskus unabhängiges Privatrechtssubjekt mit eigener Vermögensfähigkeit sei, darauf abgestellt, ob die Anstalt eine auf reiner Gegenseitigkeit begründete Anstalt sei, oder sich als Staatsunternehmen im eigentlichen Sinne darstelle, indem sie davon ausging, daß „eine rein auf Gegenseitigkeit beruhende Anstalt, auch wenn sie nicht von den Mitgliedern, sondern von außen vom Staate gegründet ist und geleitet wird, als ein eigenes vom Staate verschiedenes Privatrechtssubjekt sich darstelle, indem solche Anstalten durch die Gesamtheit derjenigen Personen gebildet werden, welche sich gegen die gemeinsame Gefahr versichern und die Gesamtheit, der Verband der Mitglieder, gegenüber dem einzelnen als Versicherer erscheint, wozu offenbar eigene, d. h. vom Staate als Fiskus unabhängige Rechtssubjektivität erforderlich ist" (vgl. BgE 5 S 133 f., 23 S 1773 und

44 II 312 ff.) Jede Versicherung beruht auf dem Gedanken, daß eine Mehrzahl von einem gleichen schädigenden Ereignis Bedrohten die Schadensfälle durch gemeinsame Beitragsleistung leichter tragen kann, als wenn jeder Einzelne für den vollen, ihn möglicherweise treffenden Schaden aufkommen muß. Das Wesen der Gegenseitigkeit in der Versicherung trägt dem Umstande Rechnung, daß die von den einzelnen zu leistenden Beiträge billiger bemessen werden können, wenn die Versicherung nicht den Gewinn eines dritten Unternehmers zu fördern hat, sondern auf Rechnung und Gefahr der Versicherten selbst geführt wird. Dieser Grundsatz der Gegenseitigkeit kommt bei der bernischen Brandversicherungsanstalt nicht nur als programmatische Definition zum Ausdruck, sondern er ist in den einzelnen Bestimmungen, soweit dies mit den maßgebenden Gesichtspunkten der öffentlichen Interessen vereinbar ist, konsequent verwirklicht worden. Die Bemessung der Beiträge geschieht auf einer durch das Gesetz festgesetzten Basis nach den Ergebnissen der Jahresrechnung: treten Fehlbeträge auf, so kann der Verwaltungsrat der Anstalt den Bezug eines Nachschußbeitrages anordnen, und ergeben sich Betriebsüberschüsse, welche den gesetzlichen Bestand der Reserven übersteigen, so können diese der Betriebsrechnung übertragen und zur Ermäßigung des ordentlichen Beitrages verwendet werden. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit kommt auch darin besonders zur Geltung, daß das Gesetz das Eigentumsrecht am Reservefonds der Brandkassen den ihr angehörenden Gebäudeeigentümern zuerkennt unter Vorbehalt selbstverständlich der im Gesetze aufgestellten Zweckbestimmung. Danach wird die Verwendung der vorhandenen Fonds bei Auflösung der Anstalt nicht der freien Verfügung der beteiligten Gebäudeeigentümer überlassen, sondern der Gesetzgeber hat in ihrem Interesse darüber zu befinden.

Der so verstandene Grundsatz der Gegenseitigkeit bedingt nun nicht zwingenderweise die Schaffung einer eigenen juristischen Persönlichkeit für die Durchführung der Versicherung. Es ist auch denkbar, daß die Versicherung vom Gemeinwesen selbst zu Gunsten der Versicherten auf gegenseitiger Grundlage geführt werde. Auch folgt daraus nicht zwangsläufig, daß die Versicherten korporativ organisiert werden müssen. Die Ausgestaltung der Organisation ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, welche für die Beurteilung der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit einer Anstalt keine Anhaltspunkte liefert. Doch ist nicht zu verkennen, daß die Großzahl der auf Gegenseitigkeit begründeten öffentlichen Versicherungsanstalten tatsächlich als eigene Rechtssubjekte geschaffen und korporativ organisiert

sind. Neben den auf Gegenseitigkeit begründeten Unternehmen gibt es auch solche, wo das Gemeinwesen, bezw. die von ihm zu diesem Zwecke geschaffene Anstalt die Vergütung des aus der befürchteten Gefahr entstehenden Schadens gegen feste Prämie übernimmt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtssprechung erscheint in diesem Falle die Versicherungsanstalt als eigentliches Staatsunternehmen und deren Vermögen als Staatsvermögen (vgl. BgE 5 S 132). Auch diese Folgerung ist eine unzulässige Verallgemeinerung. Es ist durchaus gleich gut möglich, daß eine derartige Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet werde oder nicht. Die Anlehnung oder Beeinflussung der Organisation einer solchen Anstalt durch die allgemeine Verwaltung erlaubt zwar den Schluß auf die öffentlichrechtliche Natur derselben, darf aber nicht dazu führen, daß damit auch ohne weiteres das Anstaltsvermögen als zum Vermögen des Gründergemeinwesens gehörig betrachtet wird (vgl. abweichend BgE 44 II 312 ff.)

Hier ist vielmehr die grundlegende Unterscheidung da zu suchen, daß eine öffentliche Versicherungsanstalt dann ein eigenes Rechtssubjekt darstellt, wenn ihr Vermögen rechtlich vom Vermögen des Gründergemeinwesens losgelöst ist. Ob dies tatsächlich der Fall ist, muß die Ausgestaltung des ganzen Institutes lehren, wo nicht das Gründergemeinwesen der Anstalt diese Eigenschaft durch Gesetz ausdrücklich zuerkennt. Dies hat der bernische Gesetzgeber in der oben angeführten Gesetzesstelle für die kantonale Brandversicherungsanstalt getan, und damit ist ihr rechtlicher Charakter unter dem hier in Frage stehenden Gesichtspunkte eindeutig umschrieben. Da gemäß Art. 59 ZGB für die kantonalen öffentlichrechtlichen Anstalten das öffentliche Recht der Kantone vorbehalten ist, so steht die Befugnis der Kantone, ihren Anstalten durch Gesetz die juristische Persönlichkeit zu erteilen, außer Frage (vgl. BgE Band 4 S 290 ff., ferner MfbVR XVIII 82). Fehlt eine solche Gesetzesbestimmung, so sind für die Beantwortung der Frage, ob eine selbständige oder unselbständige öffentliche Anstalt vorliegt, insbesondere diejenigen Vorschriften maßgebend, welche die vermögensrechtliche Stellung der Anstalt umschreiben. Auch der Wille des Gesetzgebers, wie er möglicherweise in den Verhandlungen der gesetzgebenden Behörde zum Ausdruck gekommen ist, darf in Berücksichtigung gezogen werden. Die rechtliche Loslösung des Vermögens der Anstalt vom Gründergemeinwesen soll auch tatsächlich in Buchhaltung und Bilanz zum Ausdruck kommen. Fehlt diese tatsächliche Absonderung, so fehlt auch eine genügende Verselbständigung. Nicht richtig ist es aber, wenn aus der Mitwirkung der staatlichen Verwaltungsorgane

bei der Verwaltung der Anstalt darauf geschlossen wird, daß eine genügende Verselbständigung nicht vorliege. Diese Auffassung liegt dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid betreffend die schaffhausische Gebäudeversicherung (44 II 312 ff.) zugrunde, wo das Bundesgericht davon ausgegangen ist, daß einer öffentlichen Brandversicherungsanstalt nur als auf Gegenseitigkeit beruhend juristische Persönlichkeit zukommen könne, und daß eine wirklich auf Gegenseitigkeit beruhende Anstalt nur dann vorliege, wenn die Gebäudeeigentümer Träger der Anstalt und als solche zur Mitwirkung bei deren Verwaltung berechtigt, und als besondere Körperschaft, sei es nun des Privat- oder des öffentlichen Rechtes organisiert seien. Da die Verwaltung der schaffhausischen Brandversicherungsanstalt unter intensiver Benutzung der staatlichen Verwaltungsorgane geführt wird, hat das Bundesgericht daraus den Schluß gezogen, daß der Betrieb der Gebäudeversicherung sachlich einfach als ein Zweig der allgemeinen Staatsverwaltung und ihr Vermögen als Bestandteil des Staatsvermögens erscheine. Die gegenteilige Lösung ließe sich hier sehr wohl vertreten. Der Große Rat des Kantons Schaffhausen hat in der Botschaft zur Gesetzesvorlage an das Volk erklärt, daß nicht der Staat Inhaber des Institutes sei, sondern als Träger die Gebäudeeigentümer erscheinen, die sich nach dem Grundsatze der Gegenseitigkeit bei sich selbst versichern. Der Gesetzgeber hat dadurch seiner Auffassung, daß der zu gründenden Anstalt selbständige Stellung in vermögensrechtlicher Beziehung zukommen solle, deutlich Ausdruck verliehen. Diese selbständige Stellung kommt ferner in der selbständigen, vom übrigen Staatsvermögen gesonderten Verwaltung des Vermögens und seiner dauernden Zweckbestimmung zur Geltung. Diese letztere Verumständung würde zwar allein für sich zur Charakterisierung als selbständige Anstalt nicht genügen, in Verbindung mit der erwähnten Botschaft aber spricht sie für die Bejahung der Frage der juristischen Persönlichkeit dieser Anstalt.

Die Bernische Kreditkasse zur Beschaffung von Mitteln für die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ist gemäß Art. 1 des Gesetzes vom 19. Oktober 1924 eine öffentlichrechtliche Korporation im Sinne von Art. 59 ZGB. Es ist weiter oben ausgeführt worden, daß sich dieselbe trotz dieser Benennung nach unserer Definition als öffentliche Anstalt darstellt. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht aber nicht einwandfrei hervor, ob der Gesetzgeber damit der Kreditkasse die Eigenschaft einer juristischen Persönlichkeit verleihen wollte. Eine Korporation im Sinne des Art. 59 ZGB ist an und für sich nur eine solche, welche dem kantonalen öffentlichen Rechte unterstellt ist.

Mehr läßt sich aus dieser Gesetzesstelle nicht entnehmen. In der allgemeinen Struktur des Institutes aber tritt deutlich zu Tage, daß es die Absicht des Gesetzgebers war, für den fraglichen Zweck eine eigene Rechtspersönlichkeit zu schaffen, ein Rechtssubjekt, das wirtschaftlich politisch betrachtet, einen Zweckverband von Staat und Gemeinden darstellen sollte zur Vermeidung desjenigen Zinsendruckes bei der Aufnahme von Geldern, welcher dadurch zustande kommt, daß die andern Kreditinstitute auf die Erzielung eines Reingewinnes angewiesen sind. Deshalb hat das Gesetz auch ausdrücklich bestimmt, daß die Kreditkasse einen solchen nicht erreichen soll. Da der Zweck der Kreditkasse darin besteht, dem Staate Bern sowie den andern ihr angehörenden öffentlichrechtlichen Korporationen Darlehen mit möglichst billigem Zinsfuße zu gewähren, mithin mit ihnen Rechtsgeschäfte bürgerlicher Natur abzuschließen, so ist es eine begriffliche Notwendigkeit, daß die Kreditkasse ein von ihren Gegenkontrahenten verschiedenes Rechtssubekt bilde. Wollte man annehmen, sie sei dies nicht, so würde die ganze Gründung in ein Spiel von Buchungen ausarten. Dies kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Es muß deshalb angenommen werden, daß die Begriffsbestimmung in Art. 1 des Gesetzes dahin auszulegen ist, daß der Gesetzgeber unter öffentlichrechtlicher Korporation im Sinne des Art. 59 ZGB eine öffentliche Korporation mit eigener juristischer Persönlichkeit ins Auge faßt. Damit stimmt überein, daß gemäß Art. 13 des Gesetzes der Staat Bern und die beteiligten Gemeinden für die Verbindlichkeiten der Kreditkasse als haftbar erklärt werden. An und für sich könnte dieser Artikel für die Bejahung der juristischen Persönlichkeit der Kreditkasse nicht ausschlaggebend sein; denn es könnte darin auch nur die ausdrückliche Feststellung einer aus der allgemeinen Struktur des Institutes sich ohnehin ergebenden Folgerung erblickt werden. Im Verein mit den übrigen Erwägungen aber spricht er für die Annahme, daß die bernische Kreditkasse eine selbständige öffentliche Anstalt sei.

b) Die übrigen bernischen Staatsanstalten sind unselbständige öffentliche Anstalten. Was die Straf-, Armen-, Kranken-, und Lehranstalten anbelangt, so begegnet diese Auffassung keinem Zweifel. Schwieriger ist die Beurteilung der Rechtsstellung der Hypothekarkasse und der Kantonalbank. Ein interessanter Anlaß zur Diskutierung dieser Frage ergab sich im Herbst 1924 im Bernischen Großen Rate bei einer Regierungsvorlage, welche einen Bestand von Wertpapieren aus der Rechnung der Kantonalbank durch die allgemeine Staatskasse übernehmen lassen wollte. Die sozialdemokratische

Fraktion des Goßen Rates war der Ansicht, daß dies ein Kaufsgeschäft sei, das eine Ausgabe des Staates zur Folge habe und deshalb, da die erforderliche Summe erreicht war, gemäß Art. 6 Ziff. 4 der Staatsverfassung der Volksabstimmung unterliege. Die Mehrheit des Großen Rates, und auf erhobene staatsrechtliche Beschwerde auch das Bundesgericht, vertraten den Standpunkt, daß die bernische Kantonalbank eine unselbständige öffentliche Anstalt sei, und daß es sich demnach um einen internen Buchungsvorgang handle, der keine Ausgabe im rechtlichen Sinne zur Folge habe. (Vgl. Tagblatt des Großen Rates 1924 S 510 ff.)

Die rechtliche Stellung der Hypothekarkasse und der Kantonalbank gegenüber dem Staate wird in der Hauptsache durch das Gesetz über die Finanzverwaltung vom 21. Juli 1872 geregelt, welches sich nach seinem § 1 auch auf die sogenannten „Spezialverwaltungen" bezieht. Unter „IV. Spezialverwaltungen" bestimmt § 14 dieses Gesetzes:

> „Die Verwaltung der Hypothekarkasse und der Kantonalbank sind durch besondere Gesetze geordnet. Mit der laufenden Verwaltung stehen sie nur durch die Voranschläge und die Rechnungslegung in Verbindung. Die übrigen Spezialverwaltungen sind den leitenden Beamten der allgemeinen laufenden Verwaltung und der Kontrolle der Kantonsbuchhalterei unterstellt."

In Übereinstimmung damit schreibt § 34 vor, daß die Hypothekarkasse und die Kantonalbank Abteilungen der staatlichen Finanzverwaltung bilden, deren Geschäftskreis und innere Organisation durch besondere Gesetze bestimmt werden. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich der Schluß, daß beide Anstalten zwar im Unterschied von den übrigen Spezialverwaltungen eine größere Selbständigkeit gegenüber der allgemeinen Verwaltung genießen, daß aber eine rechtliche Loslösung von der allgemeinen Verwaltung nicht erfolgt ist, sondern, daß sie mit derselben vielmehr durch Voranschlag und Rechnungslegung verbunden sind. Es bestimmt denn auch § 15 des gleichen Gesetzes, daß zum Stammvermögen des Staates in Aktiven und Passiven die Kapitaleinschüsse des Staates bei der Hypothekarkasse und der Kantonalbank gehören, und § 21:

> „Die Kapitaleinschüsse des Staates bei der Hypothekarkasse und der Kantonalbank werden nach den Vorschriften der Gesetze über diese Anstalten verwaltet. Die für dieselben aufgenommenen Staatsanleihen werden von der laufenden Verwaltung verzinst. Der Reinertrag dieser Anstalten fällt in die laufende Verwaltung."

Aus der Zusammenfassung dieser Vorschriften ist zu erkennen, daß der Geschäftsbetrieb beider Anstalten einen Teil der staatlichen Vermögensverwaltung darstellt, und daß ihr Reinvermögen einen Teil des Staatsvermögens ausmacht. Diese Auffassung wird dadurch bestätigt, daß gemäß § 31 des Hypothekarkassegesetzes vom 18. Juli 1875 und § 3 des Kantonalbankgesetzes vom 5. Juli 1914 der Staat für sämtliche Verbindlichkeiten dieser Anstalten haftet. Das Bundesgericht führt hierzu aus (BgE 51 I 227):

„Es liegt darin nicht die Übernahme einer besonderen Garantie, d. h. einer Schuldverpflichtung, die den Staat ohne diese Erklärung nicht treffen würde, sondern einfach die ausdrückliche Bestätigung und Feststellung einer Folgerung, die sich aus dem Wesen des Instituts, wie es im Finanzverwaltungsgesetz umschrieben ist, ohnehin ergeben würde. Auch wenn diese ausdrückliche Wiederholung überflüssig war, so konnten dafür mit Rücksicht auf die unzweideutige Aufklärung der dritten Geldgeber doch Zweckmäßigkeitsgründe sprechen."

Mit der gesetzlichen Regelung steht für beide Anstalten auch die buchhaltungstechnische Behandlung in den bernischen Staatsrechnungen in Einklang. Nicht geändert wird diese Betrachtungsweise durch die organisatorische Selbständigkeit, welche der Hypothekarkasse und der Kantonalbank durch die besondern Gesetze verliehen ist. Diese ist für die Beurteilung der Frage der rechtlichen Loslösung des Vermögens ohne Bedeutung. Die besondere Regelung ihrer Finanzgebarung war eine Notwendigkeit, bedingt durch ihre wirtschaftliche Funktion in Konkurrenz mit andern, als handelsrechtliche Gesellschaften organisierte Unternehmungen. Durch die damit begründete größere Unabhängigkeit ihres wirtschaftlichen Handels ergeben sich aber keinerlei Folgen für die rechtliche Loslösung der dort investierten Vermögenskomplexe aus dem Bereiche des staatlichen Vermögens. (Vgl. Tagblatt des Großen Rates 1924 S 518.)

c) Es ist weiter oben ausgeführt worden, daß die rechtliche Selbständigkeit und Unselbständigkeit der öffentlichen Anstalten wesentlich von zivilrechtlicher Bedeutung seien. Diese Auffassung wird durch die Gegenüberstellung der Hypothekarkasse und der Kantonalbank einerseits, und der Brandversicherungsanstalt andererseits in weitgehendem Maße unterstützt. Diese ist als selbständige öffentliche Anstalt in organisatorischer Beziehung viel weniger selbständig, denn jene als unselbständige öffentliche Anstalten. Die beiden Banken haben sich in ihrem Betrieb nie an die Schranken gebunden erachtet, welche die Verfassung den staatlichen Verwaltungsorganen bei Aus-

gaben in Gestalt des Mitspracherechtes des Volkes zieht. Diese Auffassung ist durchaus berechtigt; denn eine Volksbefragung würde sich mit der Eigenart und den besondern Bedürfnissen dieser Anstalten als kaufmännische Betriebe nicht vertragen. Es erscheint aber ebensowohl als unvereinbar damit, daß nicht die Bank als Subjekt ihrer Rechte und Verbindlichkeiten erscheint, sondern der hinter ihr stehende Staat. Es liegt hier eine Diskrepanz vor zwischen der rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung des Institutes, welche nicht auf dem Wege der Judikatur, wie dies von den Kritikern des vorerwähnten bundesgerichtlichen Entscheides gewünscht wurde, sondern auf dem Wege der Gesetzgebung abgeholfen werden sollte. Denn es entsteht in der Tat durch diese Betrachtungsweise in der Kontrolle der Ausgaben durch das Volk ein großes Loch: Was vom Staate den Banken zugewiesen wird, untersteht nicht dem Referendum, weil diese Banken keine Dritten sind, und was die Banken ausgeben, untersteht ihm nicht, weil die Vorschrift für sie nicht paßt. (Vgl. ZBJV 62 S 390.)

d) Die hier gemachte Unterscheidung der bernischen Staatsanstalten in selbständige und unselbständige ist, abgesehen von der Anwendbarkeit der erwähnten Verfassungsbestimmung, maßgebend für die steuerrechtliche Behandlung derselben.

1. Was die direkten Staatssteuern anbelangt, so bestimmt Art. 7 Ziff. 2 des Steuergesetzes vom 7. Juli 1918, daß der Staat für das den gesetzlichen Staatszwecken dienende Vermögen von der Pflicht zur Entrichtung der Vermögenssteuer befreit ist. Nicht zum Staatsvermögen im Sinne dieser Bestimmung gehört das Vermögen der Brandversicherungsanstalt und der Kreditkasse als selbständige öffentliche Anstalten. Dagegen gehört dazu dasjenige steuerrechtliche Vermögen sämtlicher übrigen unselbständigen Staatsanstalten, soweit es den gesetzlichen Staatszwecken dient. Gemäß Art. 18 Ziff. 1 des Steuergesetzes sind von der Pflicht zur Entrichtung der Einkommenssteuer befreit der Staat und seine Anstalten, mit Ausnahme der Hypothekarkasse und der Kantonalbank. Diese Bestimmung beruht rechtlich auf einer Fiktion, die der Stellung der beiden Kreditinstitute nicht Rechnung trägt. Sie rechtfertigt sich aber vollauf aus Erwägungen der Billigkeiten und der Rücksichtnahme auf die privaten Bankunternehmungen, welche die Steuer zu entrichten haben, und sonst in ihrer Konkurrenzfähigkeit beeinträchtigt würden. Keine Staatsanstalten im Sinne dieser Bestimmungen sind grundsätzlich die selbständigen öffentlichen Anstalten. (Vgl. Kommentar Volmar und Blumenstein zu Art. 18 N II 2.) Jedoch auch hier ist

ein Einbruch in das System zu konstatieren, indem die bernische Brandversicherungsanstalt von der bernischen Steuerpraxis als Staatsanstalt im Sinne dieser Bestimmung behandelt wird, trotzdem deren vom Staate getrennte Persönlichkeit unstreitig ist. (Vgl. MfbVR XXI 138 im Gegensatz zu MfbVR XVIII 82.) Wenn auch diese Auffassung mit rechtlichen Gründen schwer zu rechtfertigen ist, so müssen auch hier Billigkeitsgründe Platz gegriffen haben, so insbesondere die Rücksicht auf die am Reingewinn der Anstalt interessierten Gebäudeeigentümer.

2. Bezüglich der direkten Gemeindesteuern gilt das gleiche wie für die Staatssteuern, mit der Annahme, daß die Hypothekarkasse und die Kantonalbank mit ihren Filialen gemäß Art. 50 des Steuergesetzes ausdrücklich von der Gemeindesteuer befreit sind.

3. Von der Pflicht zur Entrichtung der Erbschafts- und Schenkungssteuern sind gemäß Art. 6 Ziff. 5 des Gesetzes vom 6. April 1919 unter andern auch sämtliche Staatsanstalten befreit, welche sich als öffentliche Anstalten im Sinne unserer Definition darstellen. (Vgl. MfbVR XIX S 196 f.) Enger gefaßt ist dagegen die Steuerbefreiungsvorschrift in § 3 Ziff. 1 des Dekretes betreffend die Automobilsteuer vom 10. März 1914. Darunter fallen nur die unselbständigen öffentlichen Anstalten für diejenigen Fahrzeuge, welche ihrer Zweckerfüllung dienstbar sind.

III.

Die Verfassung der bernischen Staatsanstalten hat eine einheitliche Regelung nicht erfahren. Sie ist zerstreut in den vielen verwaltungsrechtlichen Erlassen, welche sich mit ihnen beschäftigten.

a) Die Umschreibung des Geschäftskreises ist, abgesehen von der Berücksichtigung der besondern Art jeder Anstalt, im allgemeinen in der Weise erfolgt, daß Kantonsbürgern, bezw. Ansässigen im Zweifel vor Kantonsfremden bei der Benutzung der Anstalt der Vorzug zu geben ist. Das bernische Verwaltungrecht hat damit der Auffassung Ausdruck gegeben, daß die staatliche Fürsorge in erster Linie den eigenen Untertanen zukommen soll. So wird bei der Aufnahme in das kantonale Frauenspital bei Platzmangel den Kantonsangehörigen der Vorzug gegeben. (Vgl. § 21 des Organisationsreglementes vom 5. April 1902.) Auch die kantonalen Irrenanstalten sind in erster Linie für Kantonsbürger bestimmt. (Vgl. § 3 des Dekretes vom 9. Oktober 1894 und § 2 des Dekretes vom 4. März 1898.) Auch bei den übrigen Staatsanstalten tritt dieses Prinzip mehr oder weniger

deutlich in den Vordergrund. Bei einzelnen Anstalten, wie bei der Brandversicherungsanstalt und bei der Kreditkasse, ist es geradezu Voraussetzung, und bei jener zum Beitrittszwang ausgebildet, gleich wie bei einem Teil der staatlichen Lehranstalten. § 3 des Hypothekarkassegesetzes bestimmt, daß Darlehen nur auf Grundpfänder, welche im Kanton gelegen sind, gegeben werden. Die Kantonalbank hat gemäß Art. 1 des Kantonalbankgesetzes den Zweck, dem Handel, dem Gewerbe, der Industrie und der Landwirtschaft zu dienen und soll gemäß Art. 8 bei der Behandlung von Geldgesuchen vor andern die Einwohner des Kantons berücksichtigen.

Die Zweckbestimmung der einzelnen Anstalten beruht auf dem Grundsatze der Verfolgung direkter Aufgaben staatlicher Verwaltung, oder der Förderung des öffentlichen Wohles. Einzelne Anstalten dienen verschiedenen Zwecken, wie die staatlichen Kreditinstitute, welche neben der Regulierung der Kreditgebarung auch Aufgaben der staatlichen Finanzverwaltung und den Geldverkehr der Staatskasse besorgen. Der Gewinnerzielung wird in der Zweckbestimmung keiner Anstalt ausschlaggebend Rechnung getragen. Auch bei den öffentlichen Kreditinstituten ist ein angemessenes Jahresergebnis zwar als ein erstrebenswertes Ziel genannt, aber gegenüber den Hauptzwecken an zweite Stelle gesetzt. Bei einzelnen Anstalten wird die Erzielung eines Reingewinnes ausdrücklich abgelehnt, bei andern wieder kommt derselbe auf Umwegen dem Nutzenden wieder zu.

b) Die enge Verbindung des Zweckes aller öffentlichen Anstalten mit den Zwecken der allgemeinen Verwaltung erfordert naturgemäß eine Kontrolle des Staates über jene. Die Ausübung eines staatlichen Aufsichtsrechtes ist bei allen öffentlichen Anstalten des bernischen Staates vorbehalten und in den Grundzügen auch einheitlich geordnet.

1. Die parlamentarische Kontrolle wird ausgeübt durch den Großen Rat, dessen Beschlüsse in gewissen Fällen dem obligatorischen Referendum unterworfen sind, soweit es sich um Neugründungen von Anstalten handelt, deren Schaffung nicht in einem Gesetze in die Kompetenz des Großen Rates gelegt ist, und soweit die Grenze für die Anwendbarkeit des sogenannten Finanzreferendums gegeben ist. Der Große Rat übt seine Kontrolle über die Staatsanstalten alljährlich anläßlich der Beratung des staatlichen Voranschlages und der Rechnungslegung aus. Ferner sind ihm gewisse Wahlfunktionen zugewiesen. Er wählt den Verwalter der Hypothekarkasse und den Bankpräsidenten der Kantonalbank. Für dieses Institut sind der Kompetenz des Großen Rates außerdem noch folgende Obliegenheiten zugewiesen: Errichtung und Aufhebung von Filialen und Genehmi-

gung der von der Bank für eigene Rechnung aufgenommenen festen Anleihen. (Vgl. Hypothekarkassegesetz § 35 und Kantonalbankgesetz Art. 11.)

2. Die verwaltungstechnische Kontrolle wird grundsätzlich durch zwei verschiedene Arten von Organen geführt, durch den Regierungsrat, bezw. seine Direktionen als leitende Stellen der allgemeinen Verwaltung und durch besondere kollegial bestellte Aufsichtsbehörden, die sich in der Regel nicht aus dem Stab der staatlichen Verwaltungsbeamten rekrutieren.

Dem Regierungsrat, bezw. seinen Direktionen kommt die Wahl der Mitglieder der Aufsichtsbehörde zu mit Ausnahme der Kantonalbank, wo der Bankpräsident vom Großen Rate gewählt wird, ferner die Bestätigung der von dieser getroffenen Wahlen der leitenden Beamten und teilweise auch die direkte Wahl derselben auf Vorschlag der Aufsichtsbehörden. Der Regierungsrat, bezw. seine Departemente erlassen die für die Anstalt bestimmten Organisations- und Benutzungsreglemente, oder genehmigen dieselben, wo deren Erlaß den Anstaltsbehörden zugewiesen ist. Die Mitwirkung des Regierungsrates ist erforderlich für den Abschluß größerer Geschäfte, wie Grundstückerwerb, Prozeßanhebung und ähnliches, ferner auch für die Aufstellung des jährlichen Voranschlages und der Anstaltsrechnung. Diese Funktionen der verwaltungstechnischen Kontrolle stehen dem Regierungsrate auch gegenüber den selbständigen öffentlichen Anstalten zu. Insbesondere die kantonale Brandversicherungsanstalt wird davon gerade so sehr, wenn nicht in einem höhern Maße betroffen, als z. B. die Kantonalbank.

Die kollegial bestellten staatlichen Aufsichtsbehörden versehen eine doppelte Funktion. Sie sind einerseits Organe der staatlichen Kontrolle, andererseits Organe der Anstalt, und als solche kommt ihnen deren oberste Leitung zu. Bei den verschiedenen Anstalten wiegt dieser oder jener Charakter vor. Für einzelne Anstalten bestehen gemeinsame Aufsichtsbehörden; so führt die Aufsichtskommission über die Strafanstalten die Aufsicht über die Straf-, Arbeits- und Zwangserziehungsanstalten des Kantons, und die Aufsichtskommission der kantonalen Irrenanstalten die Aufsicht über sämtliche staatliche Irrenanstalten. Diesen Kommissionen kommt naturgemäß mehr der Charakter einer Aufsichtsbehörde zu, während andererseits dem Verwaltungsrat der Hypothekarkasse, dem Bankrat der Kantonalbank und dem Verwaltungsrat der Brandversicherungsanstalt mehr die Organstellung charakteristisch ist. Immerhin kommt bei den beiden letztern die Aufsichtsfunktion dadurch zur Geltung,

daß der Direktor des einschlägigen Departementes von Amtes wegen Mitglied ist.

3. Eine unabhängige gerichtliche Kontrolle der bernischen Staatsanstalten findet selten statt. Beschwerden werden in der Regel von den Aufsichtsbehörden oder vom Regierungsrat entschieden. Dagegen kann eine gerichtliche Kontrolle stattfinden bei Präjudizialfragen in Nutzungsstreitigkeiten und anläßlich strafrechtlicher Beurteilung von Amtsdelikten.

c) Die Organisation der bernischen Staatsanstalten ist in ihren Einzelheiten der besondern Zweckerfüllung angepaßt, welche jede einzelne Anstalt verfolgt. Organisatorische Besonderheiten finden sich bei der Kantonalbank und der Brandversicherungsanstalt. Der immer mehr sich ausprägende Charakter der Kantonalbank als eigentliche Handels- und Industriebank führte notwendigerweise dazu, daß der ganze Kanton von einem dichten Netz von Filialen und Agenturen überspannt wurde, welche den übrigen Groß-, Mittel- und Kleinbanken mit Erfolg Konkurrenz zu machen bestimmt sind. Bei der Brandversicherungsanstalt brachte die Eigenart ihres Betriebes die Schaffung einer selbständigen öffentlichen Anstalt mit dezentralisierter Organisation mit sich. Nach außen als Einheit auftretend, ist sie nach innen gegliedert in eine Zentralbrandkasse, die alle versicherten Gebäude des Kantons für $^{7}/_{10}$ der Versicherungssumme umfaßt, und in eine Bezirksbrandkasse für jeden Amtsbezirk, welche alle versicherten Gebäude desselben für $^{3}/_{10}$ der Versicherungssumme ergreift.

Bei sämtlichen Anstalten können wir drei Gruppen von menschlichen Hilfskräften unterscheiden, welche bei der anstaltlichen Zweckerfüllung mitwirken. Die oberste Leitung der Anstalt steht einem Kollegium zu, dessen Mitglieder in der Regel vom Regierungsrate gewählt sind, und welche ihre Funktion neben- und ehrenamtlich besorgen. Unter ihrer Leitung wird die Anstalt von einem Stab technischer Beamter geführt, deren Ernennung im Gesetze näher umschrieben ist. Endlich gibt es in jeder Anstalt eine Anzahl von technischem Hilfspersonal über dessen Anstellung der Anstaltsleitung freie Hand gelassen wird.

1. Die Anstaltskommissionen nehmen in ihrer Funktion als Organ der öffentlichen Anstalten eine Stellung ein, welche ungefähr derjenigen des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft entspricht. Sie sind die berufenen Vertreter des am Gedeihen der Anstalt interessierten Gemeinwesens und vermitteln als solche den Verkehr zwischen der Anstalt und den übergeordneten Staatsbehörden. (Vgl. z. B.

Kantonalbankgesetz Art. 17, Dekret vom 9. Oktober 1894, §§ 10, 11 und 12 betr. Irrenanstalten, Organisationsreglement Frauenspital vom 5. April 1902, §§ 8 und 9.) Ihnen steht die allgemeine Leitung der Anstalt zu, welche sie ausüben auf Grund der für die einzelnen Anstalten geltenden Reglemente.

Die Mitglieder der Anstaltskommissionen versehen ihre Funktionen in der Regel neben- und ehrenamtlich. Fraglich kann sein, ob sie als Staatsbeamte zu betrachten sind. Der Begriff des öffentlichen Beamten wird im bernischen Rechte nirgends fest umschrieben. Sowohl die Verfassung, als auch eine Reihe von Gesetzen nehmen darauf als auf etwas Gegebenes Bezug. Auch hier ist deshalb die Praxis auf die Ergebnisse der Rechtswissenschaft angewiesen. In der letztern ist allerdings der Begriff des Beamten nicht unbestritten. Die eine Ansicht neigt dazu, unter den Beamten überhaupt nur den sogenannten Berufsbeamten zu verstehen, d. h. eine Person, welche zum Staat, oder zur Gemeinde kraft ergangener Wahl in ein festes und dauerndes Anstellungsverhältnis getreten ist, in welchem sie die Erfüllung der ihr übertragenen Funktionen zu ihrer ausschließlichen Beschäftigung macht. (Vgl. Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches I S 429 ff.) Eine neuere Auffassung identifiziert den Begriff des Beamten mit der Bekleidung eines Amtes, d. h. der Ausübung eines gesetzlich umschriebenen Komplexes von Funktionen im öffentlichen Dienst. (Vgl. Otto Mayer aaO II S 269.) Diese weitere Auffassung des Beamtenbegriffes führt dazu, daß die Beamtenqualität nicht nur dem Berufsbeamten, sondern auch demjenigen, welcher ein Ehrenamt bekleidet, zuerkannt wird. Auf diesem Boden steht unzweifelhaft auch das bernische Recht, welches keine feste Grenze zwischen Berufsamt und Ehrenamt zieht. Artikel 14 der Staatsverfassung faßt beide Gebilde unter der Bezeichnung als „öffentliche Stelle" zusammen. Sie selbst, wie auch die Verwaltungsgesetzgebung und die staatsrechtliche Praxis wenden eine ganze Reihe von Normen in gleicher Weise auf Berufsbeamtung und Ehrenamt an. Dies bezieht sich namentlich auf die Verantwortlichkeit und die Abberufung. (KV, Art. 15 und 16.) Wenn auch die Verfassung hier das Ehrenamt nicht ausdrücklich erwähnt, so folgt doch aus den Ausführungsgesetzen, daß die genannten Einrichtungen auch auf Mitglieder von Behörden anwendbar sind, welche bloß ehrenamtlich funktionieren. (Vgl. Gesetz vom 20. Februar 1851 über die Abberufung der Beamten, Art. 15, Gesetz vom 19. Mai 1851 über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten § 4.) Diese Folgerung wird durch einzelne Anstalten betreffende Erlasse ausdrücklich bestätigt. (Vgl. z. B. Kantonal-

bankgesetz, Art. 26.) Nicht anwendbar ist dagegen auf die Anstaltskommissionen die Unvereinbarkeitsvorschrift des Art. 11 Staatsverfassung, wonach in der gleichen Person nicht Stellen der administrativen und richterlichen Gewalt vereinigt sein dürfen. Diese Auffassung hat sich gewohnheitsrechtlich ausgebildet, und wird bei der Besetzung der Anstaltkommissionen allgemein vertreten. Dagegen bestimmen einzelne Erlasse für gewisse Anstalten besondere Unvereinbarkeitsgründe; so dürfen dem Bankrat der Kantonalbank keine besoldeten Staatsbeamte angehören (vgl. Art. 15 Kantonalbankgesetz), während diese Vorschrift für den Verwaltungsrat der Hypothekarkasse nicht aufgestellt ist. Ferner sind auch die Vorschriften des eigentlichen Amtsrechtes auf die Mitglieder der Anstaltskommissionen nicht anwendbar, also namentlich diejenigen Bestimmungen, welche spezielle Amtspflichten der Berufsbeamten statuieren.

2. Die unmittelbare technische Leitung der Anstalt steht der Anstaltsverwaltung zu, welche je nach der Art des Institutes als Direktion, Verwaltung usw. bezeichnet wird. Dieselbe ist mit dem nötigen Stab technischer Beamter und Angestellter ausgerüstet, deren Ernennung im Gesetze ausdrücklich vorgesehen und näher umschrieben ist. Inwiefern diese Beamten und Angestellten befugt sind, die juristische Person, der die öffentliche Anstalt gehört, durch ihre Handlungen rechtlich zu verpflichten, ergibt sich aus den einzelnen Anstaltserlassen, wo ihre Kompetenzen umschrieben sind. Bei den kaufmännisch geführten Anstaltsbetrieben der öffentlichen Banken und der Brandversicherungsanstalt ist das Vertretungsrecht analog den kaufmännischen Handlungsvollmachten im weitern Sinne geordnet. Die Verleihung der Unterschriftsberechtigung erfolgt dort durch Reglement oder Beschluß der Anstaltskommission.

Nach ihrer verwaltungsrechtlichen Stellung unterscheidet sich die Gruppe der Beamten von der Gruppe des gewöhnlichen Hilfspersonals dadurch, daß sie öffentliche Beamte und Angestellte sind, während letzteres, gestützt auf einen privatrechtlichen Dienstvertrag, für Staat oder Gemeinde tätig ist. Die Abgrenzung der öffentlichen Beamten und Angestellten gegenüber dieser Gruppe ist nicht bei allen Anstalten gleichmäßig durchgeführt worden. Allgemein kann gesagt werden, daß sich eine Arbeitskraft des Staates dann als Inhaber einer öffentlichen Stelle charakterisiert, wenn ihr Dienstverhältnis nicht durch privaten Dienstvertrag, sondern durch öffentliches Recht — durch Gesetz, Dekret oder Großratsbeschluß — festgelegt ist. Wenn in einem großrätlichen Erlaß der Regierungsrat ermächtigt wird, einer bestimmten Amtsstelle die erforderlichen Beamten und Angestellten

beizugeben, so hängt es dann von der regierungsrätlichen Beschlußfassung ab, ob er das erforderliche Personal im Wege der öffentlichen Anstellung oder des Dienstvertrages beschaffen will.

Für die bernischen Straf-, Arbeits- und Zwangserziehungsanstalten ist diese Ausscheidung durch regierungsrätliche Verordnung vom 2. Juli 1906 generell geregelt. Nach dieser Verordnung sind öffentliche Beamte nur diejenigen Anstaltsbeamten, deren Anstellung als solche vorgesehen ist, und deren Wahl durch die Polizeidirektion erfolgt. (Direktor, Kassier, Buchhalter, Arzt und Geistliche, § 7 leg cit.) Alle übrigen Angestellten, Werkführer und andere, sind vom Direktor auf Grundlage eines Dienstvertrages einzustellen. (§ 22 leg. cit.) In ähnlicher Weise muß die Abgrenzung auch für das Personal der staatlichen Armenerziehungsanstalten vorgenommen werden. Anstaltsvorsteher und Lehrerschaft werden vom Regierungsrat auf eine feste, vierjährige Amtsdauer angestellt, ihre Besoldungen werden durch das Besoldungsdekret festgesetzt. Das Dienstpersonal wird dagegen vom Anstaltsvorsteher unter Genehmigung der Aufsichtskommission angestellt und entlassen. Für dasselbe machen zwar auch die regierungsrätlichen Besoldungsvorschriften Regel, aber nur in Form einer Dienstvorschrift an den Anstaltsvorsteher für den Abschluß der in Frage stehenden Dienstverträge. (Vgl. Verordnung vom 24. April 1920, §§ 21 und 22). In gleicher Weise ist die Unterscheidung der Beamten und Angestellten beim kantonalen Frauenspital durchgeführt. (Vgl. Verordnung vom 5. April 1902.) Auch für die staatlichen Irrenanstalten ist die analoge Abgrenzung am Platze. Dadurch, daß Inhalt und Pflichten der Anstellung des Wartepersonals durch ein von der Aufsichtskommission aufgestelltes und von der Sanitätsdirektion genehmigtes Reglement festgesetzt werden, wird ihr Dienstverhältnis noch nicht ohne weiteres dem öffentlichen Rechte unterworfen. In den meisten größeren privaten Betrieben gibt es auch Dienstreglemente, welche von den kompetenten Organen erlassen werden. Im staatlichen Anstaltsbetriebe haben diese Reglemente administrativen Charakter, nicht weil sie ein öffentliches Dienstverhältnis betreffen, sondern weil sie von einer öffentlichen Amtsstelle ausgehen. Nun kann aber diese öffentliche Amtsstelle für ihre privatrechtlich Angestellten gerade so gut eine Dienstreglement aufstellen, wie für ihre öffentlichen Beamteten. Es liegt deshalb kein Grund vor, die subalternen Angestellten der kantonalen Irrenanstalten anders zu behandeln als die der andern Staatsanstalten. (Vgl. abweichend ZBJV 58 S 376 f.). Hier wie übrigens auch bei der Anstellung der in den einschlägigen Erlassen nicht erwähnten Funk-

tionäre der öffentlichen Banken und der Brandversicherungsanstalt (vgl. Dekret vom 12. März 1919 § 20), gründen sich die einheitlichen Dienst- und Besoldungsordnungen auf die Bestimmungen des Obligationenrechtes, dessen zehnter Titel mitunter ausdrücklich für die Regelung des Dienstverhältnisses als maßgebend erklärt wird (wie z. B. bei der Kantonalbank). Sie stellen rechtlich einen Gesamtarbeitsvertrag im Sinne des Art. 322 OR dar.

Es geht aus diesen Ausführungen hervor, daß bei den bernischen Staatsanstalten in der Regel nur die Beamten im engeren Sinne als öffentliche Beamte anzusehen sind, während die Angestellten in der Regel auf Grund eines privatrechtlichen Dienstvertrages für den Staat tätig sind. Eine Ausnahme machen in dieser Beziehung die öffentlichen Lehranstalten, wo der gesamte Lehrkörper als öffentliche Beamte erscheint.

Nicht alle öffentlichen Beamten der bernischen Staatsanstalten sind auch öffentliche Staatsbeamte im engeren Sinne. Es gibt auch unter ihnen solche, welche ihr Amt im Nebenberuf ausüben wie Ärzte und Geistliche. Auf diese finden naturgemäß nicht alle Vorschriften des staatlichen Amtsrechtes Anwendung. Ferner sind die öffentlichen Beamten der selbständigen öffentlichen Anstalten, insbesondere der Brandversicherungsanstalt, nicht eigentliche Staatsbeamte, sondern öffentliche Beamte dieser Anstalt. Ihr Organisationsreglement hat für sie ein eigenes Amtsrecht geschaffen, das allerdings insofern eine Lücke enthält, als die Zuständigkeit zur Entscheidung von Besoldungsstreitigkeiten nicht festgelegt wird. Mangels einer Vorschrift sind deshalb die ordentlichen Verwaltungsjustizbehörden, Regierungsstatthalter und Regierungsrat als für dieselben zuständig zu erachten.

Für die übrigen öffentlichen Beamten der bernischen Staatsanstalten finden sämtliche Vorschriften des staatlichen Amtsrechtes Anwendung. Ihre Besoldungsstreitigkeiten werden gemäß § 25 des Besoldungsdekretes vom 5. April 1922 vom Verwaltungsgericht entschieden.

3. Als dritte Gruppe des im öffentlichen Anstaltsbetriebe tätigen Personals betrachten wir diejenigen Angestellten, welche auf Grund eines zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses für die öffentliche Anstalt tätig sind. Ihr Dienstverhältnis wird von den Normen des Vertragsrechtes beherrscht und die allgemeinen Bestimmungen des Besoldungsdekretes finden auf dasselbe nur Anwendung, wenn sie Gegenstand ausdrücklicher Abrede bilden. Ihre Besoldungsstreitigkeiten werden vom zuständigen Zivilrichter entschieden.

d) Mit der Organisation der öffentlichen Anstalt hängt in den Grundzügen zusammen die Frage der Haftung des Anstaltsinhabers für den von seinen Organen und Angestellten angerichteten Schaden, und die der Haftung dieser selbst gegenüber Dritten und gegenüber dem Anstaltsinhaber.

1. Bei den unselbständigen öffentlichen Anstalten des bernischen Staates, d. h. bei den bernischen Staatsanstalten im engern Sinne beurteilt sich die Haftung des Staates für die Beamten und Angestellten der öffentlichen Anstalt immer dann nach privatrechtlichen Grundsätzen, und zwar insbesondere nach Art. 55 OR, soweit die öffentliche Anstalt sich als Gewerbebetrieb im Sinne des Art. 61 al. 2 OR darstellt. (Vgl. BgE 42 II 613 ff. Erw. 2). Es ist weiter oben die Auffassung vertreten worden, daß der Begriff des Gewerbebetriebes für die Anwendung des Art. 61 al. 2 OR möglichst weit gefaßt werden sollte, indem diese Vorschrift eine Schutzbestimmung zugunsten ungerechtfertigt Geschädigter darstelle. Auf Grund dieser Überlegung gelangen wir dazu, den Betrieb der staatlichen Krankenanstalten im Sinne dieses Artikels als Gewerbe anzusehen. (Vgl. abweichende Entscheidungen in BgE 18 S 391, 44 II 54, 48 II 417). Als Gewerbebetriebe betrachten wir ferner unter diesem Gesichtspunkte die staatlichen Irrenanstalten und die staatlichen Kreditinstitute. Fraglich kann sein, ob die Haftung des Staates auch dann nach privatrechtlichen Grundsätzen gegeben ist, wenn eines seiner Organe nicht ein bloßer Beamter oder Angestellter in einem gemäß Art. 61 al. 2 OR als Gewerbe zu betrachtenden Betriebe einem Dritten einen Schaden zufügt. Die bundesgerichtliche Praxis hat zwar von jeher den Standpunkt vertreten, daß der Vorbehalt des öffentlichen eidgenössischen oder kantonalen Rechtes, den Art. 59 ZGB für die öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten macht, sich nicht auf die Gestaltung und die innern Verhältnisse dieser Körperschaften und Anstalten beschränke, sondern auch für die Haftung gegenüber Dritten gelte. (BgE 41 II 60 ff, 42 II 613 ff, 47 II 502 ff, 48 II 417 ff). Es wäre aber direkt widersinnig, wenn man bei gewerblichen Betrieben die Haftung des Staates gemäß Art. 55 OR für Beamte und Angestellte bejahen, gemäß Art. 55 ZGB für Organe ablehnen wollte. Vielmehr muß angenommen werden, daß Art. 59 ZGB durch die spätere Bestimmung des Art. 61 al. 2 OR eine Einschränkung erfahren hat in dem Sinne, daß für den Anwendungsfall dieses Artikels die Vorschrift des Artikels 55 ZGB ebenfalls Geltung haben sollte. Im weitern beurteilt sich die Haftung des Staates nach den gemeinrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechtes bei denjenigen Angestellten,

welche dem Staate auf Grund privatrechtlicher Verträge dienstbar sind. Hier handelt es sich nicht um öffentliche Beamte oder Angestellte, weshalb hier der Vorbehalt von Art. 61 al. 1 OR nicht Platz greift.

In allen übrigen Fällen, wo die Haftbarkeit des Staates für öffentliche Beamte der Staatsanstalten geltend gemacht wird, beurteilt sich dieselbe nach den Bestimmungen des kantonalen Rechtes. Dieses behandelt diese Haftung als eine zivilrechtliche (vgl. Verantwortlichkeitsgesetz vom 19. Mai 1851 §§ 46 ff), geknüpft an die doppelte Voraussetzung einer Verletzung der Amtspflichten und eines wirklichen aus dieser Pflichtverletzung entsprungenen Schadens. Die Klage kann direkt gegen den Staat anhängig gemacht werden, wenn der Kläger nachweist, daß er sich wenigsten dreißig Tage zuvor an den Regierungsrat gewendet hat, und daß die kompetente Administrativbehörde das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung festgestellt habe. (§§ 48 und 51 leg. cit.).

In gleicher Weise ist die Haftung der Organe und Beamten im weitern Sinne gegenüber Dritten nach eidgenössischem Privatrecht oder kantonalem Verantwortlichkeitsgesetz abzugrenzen. Die Haftbarkeits- oder Rückgriffsansprüche des Staates gegen die fehlbaren Beamten beurteilen sich nach privatrechtlichen Normen, wo das Dienstverhältnis ein vertragliches ist, nach den Bestimmungen des kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzes, wo es ein öffentlichrechtliches Verhältnis ist. Neben diesem vertragsähnlichen Regreßrecht aus dem Beamtenverhältnis kann vom Staate gegen den Beamten auch ein Schadenersatzanspruch aus Art. 41 ff. OR geltend gemacht werden, wenn die Amtspflichtverletzung zugleich die Merkmale der unerlaubten Handlung aufweist. (Vgl. BgE 50 II 378 ff).

2. Was die Haftbarkeit der Brandversicherungsanstalt als selbständige öffentliche Anstalt und ihrer Beamten und Angestellten gegenüber Dritten anbelangt, so beurteilt sich dieselbe nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, da die Brandversicherungsanstalt als Gewerbe im Sinne des Art. 61 al. 2 OR anzusehen ist. Für die internen Verhältnisse zwischen der Anstalt und ihren öffentlichen Beamten kommt das kantonale Verantwortlichkeitsgesetz zur Anwendung.

IV.

Die öffentlichen Anstalten werden unterschieden in echte und unechte öffentliche Anstalten, je nachdem auf ihre begriffswesentlichen Rechtsverhältnisse öffentliches oder privates Recht zur Anwendung kommt.

a) Unechte öffentliche Anstalten sind solche, deren Rechtsverhältnisse dem Privatrecht unterstehen. Zu dieser Gruppe gehören von den bernischen Staatsanstalten die Hypothekarkasse, die Kantonalbank und die bernische Kreditkasse. Bei diesen Instituten liegt der Zweck gerade im Abschluß von Rechtsgeschäften bürgerlicher Natur. Der Charakter des einen Kontrahenten als öffentliche Anstalt kommt hier nicht in der besondern formalrechtlichen Ausgestaltung zur Geltung, sondern in der Art und Weise, in welcher diese Institute ihre Geschäfte tätigen. Sie sind nicht frei in der Auswahl ihres Geschäftskreises, sondern derselbe ist ihnen durch staatliche Gesetze vorgeschrieben und abgegrenzt. Obschon ein eigentlicher Kontrahierungszwang wie bei andern auf kaufmännischer Basis geführten öffentlichen Anstalten nicht vorgesehen ist, so sind diese Anstalten doch verpflichtet, alle Bürger unter den gleichen Voraussetzungen in gleicher Weise zu bedienen. Dieser Grundsatz ergibt sich schon aus der Verfassungsbestimmung der Gleichheit vor dem Gesetz. Er kommt aber auch besonders zum Ausdruck in einzelnen Gesetzen, wie z. B. dem Kantonalbankgesetz in der Bestimmung, daß dem Begehren für kleine Beträge dieselbe Aufmerksamkeit zu schenken ist, wie denjenigen für größere Summen. (Art. 8 Gesetz vom 5. Juli 1914). Allerdings kann dieser Grundsatz nicht so verstanden werden, daß dem einzelnen Bürger ein subjektives öffentliches Recht auf Vertragsabschluß mit der Kantonalbank zustehen würde, diese ist vielmehr nicht einmal verpflichtet, die Ablehnung von Gesuchen und die Herabsetzung oder Kündigung von Krediten zu begründen. (Vgl. Art. 7 leg. cit.). Inwiefern und unter welchen Bedingungen dem einzelnen Bürger ein einfaches Beschwerderecht gegen abschlägige Verfügungen zusteht, ist eine Frage der speziellen Organisation jedes Institutes.

Der öffentlichrechtliche Charakter der Hypothekarkasse kommt auch darin zum Ausdruck, daß die Einwohnergemeinde mit gewissen Einschränkungen der Hypothekarkasse für ihre Darlehensforderungen bis zum Belauf der Grundsteuerschatzung der im betreffenden Gemeindebezirk gelegenen verpfändeten Liegenschaften haftet. (Vgl. Gesetz vom 18. Juli 1875 § 19 ff). Obschon die Darlehensforderungen der Hypothekarkasse unzweifelhaft privatrechtliche Ansprüche darstellen, ist die Haftung der Gemeinde doch öffentlichrechtlicher Natur, denn sie ist ein Bestandteil der Organisation der Hypothekarkasse.

b) Echte öffentliche Anstalten sind solche, deren Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Rechte unterstehen. Dazu gehören unzweifel-

haft die bernischen Straf-, Arbeits-, Zwangserziehungs- und Armenanstalten. Auch die Rechtsverhältnisse zwischen den staatlichen Krankenanstalten und ihren Benützern unterstehen dem öffentlichen Recht. Die bundesgerichtliche Praxis hat von jeher diesen Standpunkt vertreten. (Vgl. BgE 18 S 391 ff, 44 II 54, 48 II 417 ff). Ihr ist auch die bernische Praxis gefolgt. (Appellationshof II. Zivilkammer vom 12 Juni 1925 i. S. Staat Bern c/a. Gygax). Echte öffentliche Anstalten sind ferner die staatlichen Lehranstalten und die Brandversicherungsanstalt. Der öffentlichrechtliche Charakter der kantonalen Brandversicherungen ist schon dadurch anerkannt worden, daß Art. 103 al. 2 Versicherungsvertragsgesetz die Versicherungsvertragsverhältnisse, welche bei den von den Kantonen organisierten Versicherungsanstalten entstehen, von der Geltung der eidgenössischen Normen über den Versicherungsvertrag ausnimmt. Zudem wäre die Schaffung eines kantonalen privaten Versicherungsvertragsrechtes nach Art. 64 der Bundesverfassung, welcher die Gesetzgebung über den privaten Versicherungsvertrag als Teil des Obligationenrechtes in ihrer Gesamtheit dem Bunde zuweist, ausgeschlossen. (Vgl. BgE 44 II 312 ff.).

Das Verhältnis zwischen der echten öffentlichen Anstalt und ihrem Benutzer bezeichnen wir als Anstaltsnutzung. (Vgl. Otto Mayer aaO S 469, 484, Fleiner aaO S 311, Giacometti aaO S 45.)

1. Das Anstaltsnutzungsverhältnis wird begründet durch die Zulassung zur Anstaltsnutzung. Diese erfolgt in der Regel auf Anregung durch den Nutzungsinteressenten: die Inanspruchnahme der Anstaltsnutzung. Sie kann eine ausdrückliche Willenserklärung darstellen. So wird z. B. für die Aufnahme von Neuentbundenen in das kantonale Frauenspital ein vorheriges Gesuch verlangt. (Vgl. § 22 Reglement vom 5. April 1902). Auch für die Versicherung vom Monopol ausgenommener Gebäude bei der Brandversicherungsanstalt muß ein Gesuch an diese gestellt werden. (Vgl. Gesetz vom 1. März 1914, Art. 4 al. 1 Ziff. 6.) Die Inanspruchnahme der Anstaltsnutzung kann aber auch durch die Herstellung eines Tatbestandes erfolgen, wie z. B. durch den Einwurf eines Briefes in einen Briefkasten. (Vgl. Otto Mayer aaO S 485 N 20, Buser aaO S 60 ff.)

Die Zulassung zur Anstaltsnutzung erfolgt nach der durch die betreffenden Anstaltsreglemente vorgeschriebenen Prüfung durch einen Verwaltungsakt, welcher seinerseits entweder in einer ausdrücklichen Erklärung wie der Ausstellung einer Versicherungspolice oder in konkludentem Verhalten, wie der tatsächlichen Aufnahme in die Anstalt bestehen kann. (Vgl. BgE 18, 392, Giacometti aaO S 45,

Fleiner aaO S 311.) Die Zulassung zur Anstaltsnutzung kann nur auf Grund dazu ermächtigender Bestimmungen der Anstaltsordnung verweigert werden. Die unberechtigte Verweigerung derselben würde sich als Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit darstellen. Es liegt im Wesen der öffentlichen Anstalt, als öffentliche Wohlfahrtseinrichtung begründet, daß es ihr nicht frei steht, ihre Nutzungen zu gewähren oder zu versagen. Sie hat vielmehr eine öffentliche Verpflichtung, sie gleichmäßig zu gewähren. (Vgl. Blumenstein MfbVR XXIII S 324.) Bei denjenigen Staatsanstalten, wo eine häusliche Aufnahme der Nutzenden stattfindet, ist eine natürliche Begrenzung der Aufnahmepflicht durch den vorhandenen Raum gegeben.

Der Gedanke des öffentlichen Wohles ist in einzelnen Anstaltsordnungen so weitgehend verwirklicht, daß eine ausdrückliche Verpflichtung der öffentlichen Anstalt zur Gewährung der Zulassung stipuliert wird. Diese sogenannte gebundene Zulassung charakterisiert sich in der Regel rechtlich als eine allgemeine Dienstanweisung an die Organe der öffentlichen Anstalt. Es kann aber durch Gesetz auch bestimmt werden, daß die Anstaltsnutzung unter den durch Verwaltungsvorschrift aufgestellten Bedingungen keinem verweigert werden dürfe. In diesem Falle besteht zugunsten der Anstaltsnutzenden ein subjektives öffentliches Recht auf Zulassung. Das bernische Recht der Staatsanstalten kennt das Institut der gebundenen Zulassung nicht, dieses findet sich aber im eidgenössischen Postrecht. (Vgl. Art. 14 Schweizerisches Postgesetz, von Tuhr aaO S 238, Buser aaO S 56, Otto Mayer aaO S 488 N 24.)

Als Gegenstück zur gebundenen Zulassung findet sich andererseits die gebundene Inanspruchnahme, d. h. der Benützungszwang der öffentlichen Anstalt. Am ausgeprägtesten ist dieser in den Fällen, wo die gebundene Inanspruchnahme in der Form einer gewaltmäßigen staatlichen Freiheitsberaubung durchgeführt wird. Da diese Form der Anstaltsnutzung eine einschneidende Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit der betroffenen Individuen darstellt, so ist die Prüfung der Voraussetzungen für deren Anwendung in einem eingehenden, gesetzlich geregelten Verfahren durchzuführen, in welchem der Angeschuldigte Gelegenheit hat, seine Rechte zu wahren. Dieses Verfahren ist entweder der ordentliche Strafprozeß, wo es sich um die Versetzung in eine Strafanstalt handelt, oder aber das Armenpolizeiverfahren bei Versetzung in Arbeitsanstalten und das Entmündigungsverfahren bei Versetzung in Irrenanstalten. Eine mildere Form der gebundenen Zulassung ist das Obligatorium mit Straf-

bestimmungen im Widerhandlungsfalle. In dieser Weise ist der Primarschulzwang ausgestaltet. (Vgl. Gesetz vom 6. Mai 1894.) Ähnlich ist ein Benutzungszwang begründet bei der Brandversicherungsanstalt. (Vgl. Gesetz vom 1. März 1914, Art. 4 al. 1, Art. 97 Ziff. 2.) Ein indirekter Benutzungszwang wird in den Fällen ausgeübt, wo einer öffentlichen Anstalt ohne Obligatorium ausdrücklich oder tatsächlich das Monopol für bestimmte Gebiete ihrer Tätigkeit zukommt. Dieses Institut findet sich im eidgenössischen Postrecht und bei den Kommunalanstalten für Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung.

2. Das Nutzungsverhältnis wird beendet durch Erfüllung oder Unmöglichkeit derselben, ferner durch Ausschluß oder Rücktritt des Nutzenden. Die beiden letztern Endigungsgründe bedürfen einer ausdrücklichen Grundlage in der Anstaltsordnung. (Vgl. Otto Mayer aaO S 493 f.)

3. Das einmal begründete Nutzungsverhältnis wird nach der geltenden Anstaltsordnung erledigt und erfüllt. Ein Einfluß auf den Geschäftsgang der öffentlichen Anstalt steht dem Nutzenden nur zu, wenn ihm ein solcher ausdrücklich eingeräumt wird. Dies ist im bernischen Recht nur bei den genossenschaftlich organisierten selbständigen öffentlichen Anstalten der Fall. Auch steht dem Nutzenden regelmäßig kein klagbarer Anspruch auf Erfüllung zu. Er kann bei den Anstaltsbehörden vorstellig werden, um die Berücksichtigung seiner Interessen zu bewirken. Er kann auch die Verwaltungsbeschwerden, welche gegen die betreffenden Organe gegeben sind, ergreifen, weitere Rechtsbehelfe aber stehen ihm nicht zur Verfügung. Diese gewissermaßen entrechtete Stellung der Anstaltsbenutzenden findet ihr Korrelat in der Verantwortlichkeit der staatlichen Beamten und Angestellten, sowie in der Haftbarkeit des Staates für dieselben, welche Institute ihm einen gewissen Ersatz für den mangelnden subjektiven Rechtsanspruch bieten. Die bernische Verwaltungsgesetzgebung und Praxis hat übrigens auch das Beschwerderecht in einem so weitgehenden Maße anerkannt und vorgesehen, daß es diesen Mangel in seiner Bedeutung wesentlich herabsetzt. Selbst den Strafgefangenen steht ein jederzeitiges Beschwerderecht zu. (Vgl. Verordnung vom 2. Juli 1906, § 30.) Ein klagbarer Anspruch besteht nach bernischem Recht für die fälligen Versicherungsleistungen der Brandversicherungsanstalt. Diesbezügliche Streitigkeiten unterliegen der Beurteilung durch die Zivilgerichte, trotzdem der Anspruch öffentlichrechtlicher Natur ist. (Vgl. Art. 91 al. 3, Gesetz vom 1. März 1914.)

4. Auf Grund des Nutzungsverhältnisses ist der Nutzende zur Bezahlung des durch die Anstaltsordnung vorgesehenen Entgeltes für die Anstaltsnutzung verpflichtet. Die Schuldpflicht wird begründet durch den Tatbestand der Zulassung zur Anstaltsnutzung. Das Entgelt charakterisiert sich nach modernem Abgaberecht als eine sogenannte Vorzugslast, d. h. es ist ein Äquivalent für eine besondere Inanspruchnahme der persönlichen oder sachlichen Mittel der öffentlichen Verwaltung. (Vgl. Blumenstein, Schweizerisches Steuerrecht S 6.) Das Maß des Entgeltes bestimmt sich nach dem Kostenaufwand, der für die öffentliche Anstalt erforderlich ist, bezw. nach dem Prozentsatz desjenigen Betrages, den der Staat nicht selbst tragen will. Festgesetzt wird die Abgabe für jeden einzelnen Fall oder durch einen Rahmentarif mit Einschätzung bei der Zulassung zur Anstaltsnutzung. Ein besonders geregeltes Einschätzungsverfahren ist bei der bernischen Brandversicherungsanstalt vorgesehen. Hier wird die Abgabe als Prämie erhoben und ist durch ein gesetzliches Pfandrecht gesichert. (Vgl. Art. 17 ff leg. cit.) Bei den bernischen Irrenanstalten werden die Kostgelder durch Gutsprachen von Familienangehörigen oder unterstützungspflichtigen Gemeinden gesichert. Nach der herrschenden Auffassung wird die Gutsprache eines Privaten als privatrechtlicher Vertrag, die Gutsprache einer unterstützungspflichtigen Gemeinde als öffentlichrechtliches Verhältnis angesehen. (Vgl. BgE 18 S 391, Appellationshof II. Zivilkammer vom 12. Juni 1925 i. S. Staat c/a Gygax.)

5. Die Eingehung des Nutzungsverhältnisses bedingt auch die Unterstellung des Nutzenden unter die Anstaltsgewalt. Darunter verstehen wir den Inbegriff derjenigen obrigkeitlichen Befugnisse, welche der öffentlichen Anstalt auf Grund ihrer Verfassung eingeräumt und zu deren Ausübung ihre Organe berufen sind. (Vgl. Otto Mayer aaO S 495 ff.) Die Anstaltsgewalt äußerst sich am schärfsten in der Form der Anstaltsdisziplin in denjenigen Anstalten, wo der Nutzende in die Anstaltsgemeinschaft aufgenommen wird. Doch ist jede körperliche Züchtigung in den bernischen Staatsanstalten untersagt. (Vgl. leg. cit. § 24.) Diese Vorschrift gilt auch für die staatlichen Lehranstalten. In allen Anstalten untersteht der Nutzende der besondern Anstaltsordnung, gleichgültig, ob er dieselbe bei seinem Eintritt kannte, oder nicht. Im Rahmen dieser Anstaltsordnung sind die Anordnungen der Anstaltsorgane für ihn verbindlich.

6. Streitigkeiten zwischen öffentlicher Anstalt und ihren Benutzern über das Nutzungsverhältnis werden regelmäßig im Beschwerdeverfahren durchgeführt. Die Ansprüche der unselbständigen öffentlichen Anstalten auf Bezahlung des Entgeltes sind öffentliche Leistungen,

deren gerichtliche Geltendmachung vor dem Verwaltungsgericht zu geschehen hat. (Vgl. Gesetz vom 31. Oktober 1909, Art. 11, Ziff. 6.) Allfällige Haftungsansprüche des Benutzers richten sich nach den unter III d hiervor aufgeführten Bestimmungen. Für das Nutzungsverhältnis bei der Brandversicherungsanstalt als selbständiger öffentlicher Anstalt greift eine besondere Kompetenzausscheidung Platz. (Vgl. Gesetz vom 1. März 1914, Art. 91.)

B. DIE KOMMUNALANSTALTEN.

Die gesetzgeberische Grundlage für die Schaffung kommunaler Wohlfahrtsanstalten durch die bernischen Gemeinden ist durch das bernische Gemeindegesetz vom 9. Dezember 1917 geschaffen worden, welches durch Art. 2 Ziff. 3 die Gemeinden zur Durchführung von Aufgaben ermächtigt, welche sie im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt durch ihre Reglemente oder Beschlüsse in den Kreis ihrer Wirksamkeit ziehen. Es bedarf also zur Schaffung einer kommunalen öffentlichen Anstalt neben den allgemeinen Voraussetzungen, welche durch die Auslegung des Art. 31 der Bundesverfassung aufgestellt worden sind, eines ausdrücklichen Beschlusses der Gemeinde, welche den betreffenden Wohlfahrtszweck als zu ihren öffentlichen Aufgaben gehörend bezeichnen will. Die bernische Administrativpraxis hat stets die Auffassung vertreten, daß die Einrichtung und Durchführung der Kommunalanstalten, wenn sie einmal übernommen war, zum öffentlichen Pflichtenkreis der Gemeinde gehöre, und deshalb von der Gemeinde in gleicher Weise zu normieren sei wie die übrigen Gemeindeaufgaben.

Die rechtliche Natur und besondere Ausgestaltung der bernischen Kommunalanstalten wird deshalb durch die sie betreffenden Gemeinderegulative näher umschrieben und eignet sich zu einer gemeinsamen Betrachtung nur insofern, als die verwaltungsrechtliche Praxis gewisse allgemeine Grundsätze aufgestellt hat, welche für dieses Rechtsgebiet als wegleitend betrachtet werden können. Im bernischen Recht sind insbesondere die Rechtsverhältnisse der kommunalen Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgungen einer solchen Behandlung unterzogen worden, während andere industrielle Betriebe der Gemeinde zu keinen Streitigkeiten Anlaß gaben. Wir beschränken deshalb die folgenden Ausführungen auf dieses Gebiet.

a) Die Unterscheidung der bernischen Kommunalanstalten in selbständige und unselbständige richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen, welche weiter oben dargestellt worden sind. Auch bei den bernischen Kommunalanstalten ist das Vorkommen selbständiger

Anstalten äußerst selten, und die Bedeutung des Unterschiedes liegt auch hier wesentlich auf dem Gebiete des Zivilrechtes. Die Praxis hat sich mit diesen Fragen hauptsächlich für die Beurteilung der Steuerbefreiungsgründe zu befassen gehabt. Nach Art. 7 Ziff. 2 des Steuergesetzes vom 7. Juli 1918 ist das Vermögen der Gemeinden, welches den Aufgaben der Ortsverwaltung der Einwohnergemeinde zu dienen hat, als steuerfrei erklärt, und zwar bezieht sich diese Vorschrift nicht nur auf das den obligatorischen Gemeindeaufgaben dienende Vermögen, sondern auch auf dasjenige, womit die Gemeinde nach Art. 2 Ziff. 3 des Gemeindegesetzes freiwillig übernommene Aufgaben erfüllt. (Vgl. Entscheid des Bundesgerichtes vom 16. Mai 1924 i. S. Einwohnergemeinde Bern gegen Staat Bern und Verwaltungsgericht.) Gemäß Art. 18 Ziff. 2 des Steuergesetzes sind die Gemeinden zur Entrichtung der Einkommensteuer befreit für das Einkommen aus gewerblichen Betrieben, soweit dieselben zur Erfüllung der Aufgaben der Ortsverwaltung der Einwohnergemeinde bestimmt sind, sowie für die Erträgnisse von Kapitalien, welche für den gleichen Zweck zu verwenden sind. Auch in Auslegung dieser Vorschrift hat die neuere Praxis eine der Stellung der Kommunalanstalten als Träger öffentlicher Verwaltungsaufgaben Rechnung tragende Auslegung an die Stelle der frühern starren Interpretation gesetzt. (Vgl. MfbVR XXV 124 ff.) Die beiden Steuerbefreiungsvorschriften sind nur anwendbar auf unselbständige öffentliche Kommunalanstalten, d. h. diejenigen Kommunalanstalten, deren Vermögen und Erwerb rechtlich der Gemeinde zugehören.

b) Die Organisation der Kommunalanstalten hat durch Gemeinderegulativ zu erfolgen, welches der regierungsrätlichen Genehmigung unterstellt ist. (Vgl. MfbVR VII 443 ff.) Abgesehen davon, steht dem Regierungsrat über die Kommunalanstalten im allgemeinen ein Aufsichtsrecht zu, auf Grund dessen er zum Erlaß provisorischer Verfügungen zuständig ist. (Vgl. MfbVR VI 386.) Die Kommunalanstalten unterstehen demnach dem doppelten Aufsichtsrecht der Gemeinde und des Staates. Wie jenes im einzelnen Falle ausgestaltet ist, beantwortet sich nach den besondern Gemeindereglementen, deren Bestimmungen stark voneinander abweichen. Auch die Art der internen Organisation der Kommunalanstalten eignet sich für eine allgemeine Betrachtung nicht, dagegen hat die Praxis bezüglich der verwaltungsrechtlichen Stellung der Kommunalanstaltsbeamten eine einheitliche Stellung eingenommen.

Analog der Regelung bei den bernischen Staatsanstalten unterscheidet das bernische Gemeindegesetz Gemeindebeamte im engern Sinne und Angestellte, die der Gemeinde durch Dienstvertrag ver-

pflichtet sind. (Vgl. Gesetz vom 9. Dezember 1917, Art. 41.) Die Praxis hat jedoch angenommen, daß im Zweifel die Beziehungen zwischen einer Gemeinde und ihren Funktionären öffentlichrechtlicher Natur seien (vgl. ZBJV 57 S 128, 61 S 88, 62 S 224), und in Übereinstimmung mit dieser Praxis haben die Verwaltungsjustizbehörden auch die Anstellungsverhältnisse bei den Kommunalanstalten als vorwiegend öffentlichrechtliche bezeichnet. (Vgl. MfbVR XXIV 193.) Diese Praxis hat dazu geführt, für die Lohnansprüche von Gemeindebeamten die Einklagung erstinstanzlich vor Regierungsstatthalter und oberinstanzlich vor Regierungsrat im ordentlichen Verwaltungsverfahren als anwendbar zu erklären. (Vgl. MfbVR XXII 338 ff.) Auch Streitigkeiten aus dem gegenseitigen Abrechnungsverhältnis einer Gemeinde als Inhaberin einer Kommunalanstalt und einem Schaffner derselben sind den Verwaltungsjustizbehörden zur Entscheidung zugewiesen worden. (Vgl. Obergericht vom 13. Juli 1927, Regierungsrat vom 1. September 1927, und Verwaltungsgericht vom 12. September 1927 i. S. Gemeinde Wahlen c/a Asprion, ZBJV 64 S 318.)

Diese Praxis ist jedoch nicht ohne gefährliche Konsequenzen für die kantonale Rechtssprechung. Dies ergibt sich insbesondere aus der nähern Betrachtung des letzterwähnten Entscheides, bei welchem es sich seitens der Kommunalanstalt um Rückforderung zuviel bezogener Sporteln handelte. Seitens des Schaffners lag unzweifelhaft eine Verletzung des Anstellungsverhältnisses vor. Die Gemeinde machte also gegen den Beamten Haftungsansprüche aus unerlaubter Verletzung der Dienstpflichten geltend. Art. 39 des Gemeindegesetzes vom 9. Dezember 1917 enthält unter der Marginalie „Zivilrechtliche Verantwortlichkeit" die nähern Bestimmungen, welche auf die Haftung der Gemeindebeamten Anwendung finden sollen. Trotzdem in den Beratungen des Gesetzes im Großen Rate immer nur die Haftung der Beamten und des Gemeinwesens gegenüber Dritten ins Auge gefaßt wurde, muß aus der allgemeinen Fassung des al. 1 von Art. 39 geschlossen werden, daß derselbe offenbar den ganzen Komplex der Verantwortlichkeitsklagen gleich regeln wollte, d. h. also die Haftung der Beamten gegenüber Dritten (Vorbehalt des Art. 61 OR), die Haftung der Gemeinde für sie (Vorbehalt des Art. 59 ZGB) und die Haftung der Beamten gegenüber der Gemeinde aus dem Beamtenverhältnis, sei es direkt oder im Wege des Regresses. (Vorbehalt des Art. 362 OR.) Diese Folgerung ergibt sich auch aus der Gegenüberstellung zu Art. 41, welcher sich mit der Haftung der privatrechtlich Angestellten befaßt und alle drei Fälle ausdrücklich aufzählt. Seiner Natur nach ist Art. 39 eine Bestimmung des öffent-

lichen Rechtes, er hat entsprechend den fraglichen Vorbehalten auch nur als solche Daseinsberechtigung. Auch ist das Gemeindebeamtenverhältnis nach dem bernischen Rechte unzweifelhaft öffentlichrechtlicher Natur. Es kann aber andererseits auch kein Zweifel darüber bestehen, daß dieser Artikel die Beurteilung der Verantwortlichkeitsklagen dem Zivilrichter unterstellen wollte. Zwar geht dies aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht ausdrücklich hervor. Die Marginalie „Zivilrechtliche Verantwortlichkeit" in Verbindung mit der ausdrücklichen Erwähnung des richterlichen Ermessens läßt aber darauf schließen, daß der Gesetzgeber die Kompetenz des Zivilrichters im Auge hatte. Diese Überlegung wird noch dadurch gestärkt, als das ganze Verhältnis in Anlehnung an die Regelung über die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe geregelt ist. Geht man aber davon aus, daß die Fragen der Gemeindebeamtenhaftbarkeit dergestalt der Beurteilung durch den Zivilrichter unterliegen, so ergibt sich daraus die Folgerung, daß eine Gemeinde bei einer Lohnansprache eines Gemeindebeamten die Verrechnung oder widerklagsweise Erhebung von Haftungsansprüchen nicht geltend machen kann, da zu deren Beurteilung die Administrativbehörden nicht kompetent sind. Es könnte allerdings auch die Auffassung vertreten werden, daß die Haftung der Gemeinde und ihrer Beamten gegenüber Dritten durch den Zivilrichter zu beurteilen sei, während die Ansprüche der Gemeinde gegenüber dem Beamten von den Administrativjustizbehörden zu prüfen wäre. Diese Auffassung hätte aber die weitere Inkonvenienz zur Folge, daß die Gemeinde, von einem Dritten belangt, dem schuldigen Funktionär nicht den Streit verkünden und die Regreßfrage nicht im gleichen Urteil feststellen lassen kann. Die bernische Praxis ist in dieser Frage äußert schwankend. Nachdem im Fall Gemeinde Wahlen c/a Asprion (vgl. ZBJV 64 S 318) der erste Schritt im Sinne der Bejahung der Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden getan war, hat die I. Zivilkammer des Appellationshofes i. S. Commune mixte de Courtételle c/a Comte vom 25. Januar 1928 die Auffassung vertreten, daß die Verantwortlichkeit der Gemeindebeamten gemäß Art. 39 des Gemeindegesetzes von den Administrativjustizbehörden zu beurteilen sei. Das Obergericht hat dann bei Überprüfung dieses Entscheides gemäß Art. 1 ZPO die entgegengesetzte Meinung vertreten, ein grundsätzlicher Entscheid ist aber leider nicht gefällt worden. Die Lösung, welche praktisch die besten Resultate liefert, ist wohl die, daß die Haftung der Gemeinde und Gemeindebeamten gegenüber Dritten, sowie Regreßansprüche der Gemeinde gegen ihre Beamten der Kompetenz der Zivilgerichte

anheimgestellt werden, während direkte Haftungsansprüche der Gemeinde gegen ihre Beamten entsprechend den Besoldungsstreitigkeiten durch die Administrativjustizbehörden zu entscheiden sind.

Die erwähnten Vorschriften der Gemeindegesetzgebung kommen allerdings für die Kommunalanstalten, welche wir hier näher ins Auge fassen, nämlich die Gemeinde-, Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgungen weniger in Betracht, weil wir dieselben als Gewerbe im Sinne des Art. 61 al. 2 OR ansehen und sich mithin die Haftung nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes richtet.

II.

Die Nutzungsverhältnisse der bernischen Kommunalanstalten wurden ursprünglich der Herrschaft des bürgerlichen Rechtes unterstellt. Erst mit dem Durchdringen der neuern Verwaltungsrechtswissenschaft gewann die Auffassung an Boden, daß es sich hier um Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechtes handle. Diese Entwicklung zeigt sich am deutlichsten am Beispiel der Gemeindewasserversorgungen. (Vgl. ZBJV 41 S 557 f, MfbVR IV 299, BgE 34 II 793, ZBJV 62 S 227, ferner Blumenstein MfbVR XXIII 321 ff.) Auch die Rechtsverhältnisse zwischen den Gemeindeelektrizitätswerken und ihren Benutzern werden von der neuern Praxis als öffentlichrechtliche Nutzungsverhältnisse behandelt. (Vgl. MfbVR XXIII S 383 ff.) Doch geht die Praxis nicht so weit, wie es von der Wissenschaft gefordert wird, welche auf die bernischen Kommunalanstalten, soweit ihr Zweck als öffentliche Aufgabe im Sinne des Gemeindegesetzes erscheint, einzig und allein die Vorschriften des öffentlichen Rechtes angewendet wissen möchte. (Vgl. Blumenstein aaO S 328 f.) Vielmehr müssen wir zwei Einschränkungen zugunsten des bürgerlichen Rechtes feststellen:

1. Die Rechtsbeziehungen der Kommunalanstalt zu ihren Benutzern unterstehen dann dem bürgerlichen Rechte, wenn die Kommunalanstalt über die Gemeindegrenzen hinaus einem Dritten ihre Nutzungen gewährt. Wenn eine Gemeinde ihre Einrichtungen über ihre Grenzen hinaus wirksam machen, oder sie auch andern als den ihrer Gemeindehoheit unterworfenen Personen zuteil lassen werden will, so kann sie das nicht in ihrer Stellung als Träger öffentlicher Verwaltung, sondern nur als privates Rechtssubjek tun. Die daraus entstehenden Rechtsbeziehungen können deshalb auch nur privatrechtlicher Natur sein; denn hier tritt die Gemeinde dem Benutzer gegenüber als gleich-

berechtigtes, und nicht als übergeordnetes Rechtssubjekt auf. (Vgl. MfbVR VII 279 ff., BgE 40 II 85.)

2. In den Regulativen einzelner Kommunalanstalten ist vorgesehen, daß der Gemeinderat mit Großbezügern von elektrischer Kraft, Wasser und Gas freie Vereinbarungen über die Vertragsbedingungen eingehen kann. Macht die Gemeinde als Inhaberin der Kommunalanstalt von dieser Ermächtigung Gebrauch, so kommt mit dem dritten Großabnehmer eine gewöhnliche privatrechtliche Abmachung zustande, deren Beurteilung dem Zivilgerichte zusteht. (Vgl. die Entscheide in der Kompetenzkonfliktssache Gemeinde Tramelandessus c/a Konkurmaße Burri frères, Obergericht vom 27. Mai 1927, Verwaltungsgericht vom 27. Juni 1927.)

Abgesehen von diesem Falle, ist das Nutzungsverhältnis bei den bernischen Kommunalanstalten öffentlichrechtlich ausgestaltet. Was seine Begründung anbelangt, so besteht bei den meisten Anstalten das Institut des Benutzungszwanges in Form eines tatsächlichen oder rechtlichen Monopols der Gemeindeanstalt. Die Begründung solcher Monopole zugunsten der Kommunalanstalten ist, wie wir weiter oben ausgeführt haben, trotz der durch Artikel 31 BV und Art. 81 KV gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit zulässig, da die Gemeinde diese Anstalten im allgemeinen Interesse betreibt. (Vgl. MfbVR XXIII 383 f, BgE 38 I 52, 38 I 64, 40 II 85, 47 I 242 ff, ferner Blumenstein MfbVR XIII 49 ff.) Andererseits ist dann aber die Kommunalanstalt in der Gewährung und Verweigerung ihrer Nutzungen auch nicht frei, sie ist vielmehr verpflichtet, allen Bürgern unter gleichen Bedingungen ihre Nutzungen in gleicher Weise zu gewähren. So hat der Regierungsrat entschieden, daß die Einwohnergemeinde verpflichtet sei, ihre einzelnen Gebietsteile mit genügend Trinkwasser zu versorgen. (Vgl. MfbVR XXIV 227.) Auch dürfen von der Gemeinde an die Gewährung der Anstaltsnutzung keine andern Bedingungen geknüpft werden als diejenigen, welche im betreffenden Regulativ vorgesehen sind.

Der Hauptinhalt des Nutzungsverhältnisses ist ein werkvertragsähnlicher, die Kommunalanstalt hat ihrem Nutzenden Gas, Wasser, oder Elektrizität zu liefern, und dieser hat die entsprechende Vorzugslast zu entrichten. Streitigkeiten über das Nutzungsverhältnis sind vom Nutzenden auf dem Wege der Gemeindebeschwerde (Gemeindegesetz Art. 63 al. 2) von der Kommunalanstalt in dem für öffentliche Leistungen vorgesehenen Verfahren einzuleiten. (Vgl. Blumenstein MfbVR XXIII 331, ferner ZBJV 62 S 227 ff.)